E. RAÚL ZAFFARONI

Professor titular de Dir. Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires. Dr. HC pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal. Ministro da Corte Suprema da Nação Argentina.

NILO BATISTA

Professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia. Advogado.

ALEJANDRO ALAGIA **ALEJANDRO SLOKAR**

Professores Adjuntos da Universidade de Buenos Aires

Direito Penal Brasileiro

Primeiro volume
Teoria Geral do Direito Penal

Editora Revan

Revisão
Rogério Corrêa Jr.
Roberto Teixeira

Capa
Cristina Rebello
(Com gravura de Jean Baptiste Debret)

Impressão e acabamento
(Em papel off-set 75g. após paginação eletrônica, em tipo Times New Roman, c. 11/13)
Divisão gráfica da Editora Revan

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

D635
4.ed.
v.1

E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar
Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.
3ª reimpressão, maio de 2017.

660p.
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7106-418-8

1. Direito penal - Brasil. 2. Delito. I. Zaffaroni, E. Raúl.

11-1892.

CDU: 343(81)

05.04.11 06.04.11 025566

À memória de

EVANDRO LINS E SILVA

cuja cultura fez da razão dogmática um instrumento de libertação perante o Júri, cuja firmeza refreou o poder punitivo na Corte Suprema, ao ponto de ver-se atingido por ele, cuja experiência deslegitimou o cárcere, e de cuja sensibilidade tanto se nutriram os penalistas brasileiros, todos, de repente, agora órfãos.

Sobre este Direito Penal Brasileiro

O trabalho jurídico em equipe é pouco frequente no campo da dogmática jurídico-penal. Adaptando a expressão do famoso sociólogo, pode-se legitimamente falar de uma *imaginação jurídica*, que se manifesta comumente em obras individuais. A *criação* não constitui patrimônio exclusivo dos artistas, e resiste a ser compartilhada.

No entanto, as aparências enganam. Nenhuma obra é exclusivamente pessoal. Tampouco o é a presente, pois o Prof. Nilo Batista é – talvez sem pretendê-lo – coautor da versão argentina desta obra. Muitas das teses nela sustentadas não teriam nascido sem longas conversações e troca de experiências com o renomado catedrático do Rio de Janeiro.

Muitos de nós começamos a modificar convicções jurídicas desde que, lá se vão quase duas décadas, empreendemos a investigação sobre *Sistemas Penais e Direitos Humanos* no âmbito do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica. Sem dúvida, a ativa participação de Nilo naquele projeto contribuiu, como poucas, para a mudança de nossas perspectivas. Outorgar forma expressiva às ideias é importante, porém gerá-las é mais.

Creio que não me teria animado a expor e desenvolver alguns dos conceitos presentes na versão argentina sem o estímulo de seu pensamento, liberto de preconceitos. Portanto, a primeira contribuição de Nilo a esta obra reside no referido caráter de coautor da própria versão original argentina.

O segundo e valioso aporte está na reelaboração completa da obra segundo o direito brasileiro. Realmente, o trabalho realizado é assombroso. Recolhe materiais originais, agrega elementos portugueses e brasileiros, repensa os problemas sobre bases diferentes de direito positivo e de tradição jurídica e constitucional, tendo por resultado um novo edifício, talvez mais harmônico que o original, e, além disso, escrito com magistral elegância na doce língua de Camões.

Quando li a história do direito penal brasileiro, que Nilo incorpora a nossa obra, não apenas me deslumbrou sua clareza expositiva, sua amplíssima informação dos sucessivos momentos econômicos, políticos e sociais, como também me surpreendeu a forma pela qual, em relativamente poucas páginas, se introduzia o produto de anos de pesquisa, que só consegue realizar quem dispõe de considerável domínio da história nacional e mundial. Ainda que sempre me tenham atraído os temas da história do direito brasileiro, até hoje não conhecia uma visão de conjunto com semelhante nível, que transcende em muito a sim-

ples manipulação dos antecedentes legislativos e doutrinários. Só pode escrever tais páginas alguém profundamente imerso na cultura nacional, apaixonado pela história de seu país e com extraordinária cultura geral.

Ainda que me sinta orgulhoso de contribuir para uma obra que estreita os vínculos das ciências penais de nossos países, e que não tem precedentes como trabalho conjunto, talvez desejasse extrair meu nome da capa, para que ninguém tivesse a menor dúvida de que está diante de um tratado completamente brasileiro. De outro lado, seria justo, como modesta retribuição ao grande país de cuja cultura e vida sou muito devedor.

Eugênio Raúl Zaffaroni

Sobre a tradução

Este livro nem é uma simples tradução do original argentino, nem deixa de sê-lo em sua maior parte, aquela em que o fecundo pensamento do Prof. Raúl Zaffaroni, com as contribuições de Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, dispensa as mediações referenciais ao direito argentino. Com a generosa licença que me foi outorgada por Raúl – da qual, ouvindo Benjamin, me utilizei engajando a liberdade na fidelidade –, fundamentada num alinhamento teórico que, próximo de três décadas de colaboração e trocas acadêmicas (sempre vantajosas para mim), ostenta fartas coincidências e escassíssimas discrepâncias, tratei de "abrasileirar" quase integralmente a obra. O "quase" vai por conta de uma deficiência, no campo da bibliografia, assumida para não retardar mais o acesso dos juristas brasileiros a um livro comprometido não apenas com a teoria, mas igualmente com a militância que as urgências dos sistemas penais latino-americanos impõem aos trabalhos universitários que não desejam refugiar-se na torre de marfim. Portanto, muitos e muitos livros que foram traduzidos e editados no Brasil permanecem citados por suas edições estrangeiras, inconveniente que pode ser afastado numa segunda edição. Afora isso, creio que o título Direito Penal Brasileiro não mente sobre o conteúdo.

A tradução "bruta" foi empreendida pela Profª. Helena Ferreira, cuja proficiência nas duas línguas foi sempre uma garantia tranquilizadora da subsequente tradução "técnica" de que me incumbi. Os Profs. Pablo Daniel Vega e Daniel Andrés Raizman ajudaram, com paciência e dedicação, na inserção das notas de rodapé, das quais não dispunha ao iniciar o trabalho, e na leitura crítica do texto definitivo. Alinnie Silvestre Moreira incansavelmente obteve as cópias mais inacessíveis das bibliotecas mais burocratizadas. Angélica Zaquieu foi beneditina na digitação das inúmeras correções feitas até chegarmos à forma final, bem como dos textos que substituíam as passagens especificamente "argentinas". Alexandre Dumans encarregou-se de incluir os títulos novos nas compactas bibliografias que abrem os capítulos. A ninguém, entretanto, devo agradecer mais do que a Verinha, minha querida companheira de todos os caminhos, e não pelo motivo habitual de que o trabalho teria nos furtado alguma convivência, mas pela mágica de, ao contrário, compartilharmos a cada passo dele nossa aventura comum. Agradeço a todos, e assumo a integral responsabilidade pelo resultado, porquanto não há uma só palavra deste livro – quando não se trata de texto "brasileiro", por mim escrito – sobre a qual não tenha lançado os olhos quatro ou cinco vezes.

Se a responsabilidade por eventuais deslizes é minha, todos os merecimentos pertencem a Raúl. Este primeiro volume, dos três nos quais se dividirá a obra (caso Raúl não aceite o convite para uma viagem à Parte Especial, que pretendo oportunamente fazer-lhe), contém em minha opinião a mais refinada teoria geral do direito penal disponível, e sinto-me à vontade para afirmá-lo porque ela foi elaborada integralmente por Raúl, num longo processo de decantação teórica, marcado em suas origens pelo decepcionante confronto entre a reflexão jurídico-penal e a realidade dos sistemas penais latino-americanos. Nessa teoria geral se inscrevem alguns conteúdos que, nas prateleiras tradicionais, distribuem-se pelas chamadas "teoria da lei penal" e "teoria da pena"; no primeiro caso, tragadas por um tratamento menos perfunctório das interdisciplinaridades do saber penal, e no segundo pela superação do explicável paradoxo, tão recorrente, de versar as mentiras e contradições legitimadoras da pena numa espécie de quarto de despejo teórico, longe da sala onde a ciência penalística recebe suas visitas. A distinção entre direito penal e poder punitivo é uma chave de abóbada dessa teoria geral, que não se furta a conhecer a realidade seletiva e deteriorante dos sistemas penais historicamente determinados, porém trata de dialogar com os fundamentos filosóficos que os sustentam.

O segundo volume se ocupará da teoria do delito, e o terceiro das questões relacionadas à aplicação e execução das penas. Pretende-se que o prazo de um ano não seja demasiadamente ultrapassado entre a publicação dos volumes restantes.

Agradeço a Raúl pela confiança depositada em seu velho companheiro e amigo, ensejando-me a possibilidade de semear em meu país os frutos amadurecidos da mais concluída reflexão penalística latino-americana, numa conjuntura tão especialmente delicada e perigosa, na qual o paradigma penal, de cujo estado falimentar as páginas que se seguem prestam contas, é convocado para uma expansão sem precedentes, que se de um lado legitima o controle punitivo dos contingentes humanos marginalizados pelo empreendimento neoliberal, de outro se presta maravilhosamente à deslegitimação da vida política – apresentada como um seriado policial – e das instituições tutelares do estado de direito que ainda sobrevivem a este assalto ao poder público – inclusive o punitivo – que, sob gerais aplausos dos meios de comunicação, segue seu curso.

Nilo Batista

Índice

PRIMEIRO VOLUME: TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL

Bibliografia geral

Além das obras de caráter geral, a seguir arroladas, cada capítulo dispõe de uma bibliografia especial, integrada por monografias, artigos publicados em revistas especializadas e dissertações ou teses acadêmicas.

AA. VV., *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995 (5ª entrega, 1998); Abegg, Julius Friedrich, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1836; Agudelo Betancur, Nódier, *Curso de Derecho Penal (Esquemas del delito)*, Bogotá, 1992; Alimenta, Bernardino, *Principii di Diritto Penale*, Nápoles, 1910; Altavilla, Enrico, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Nápoles, 1934; Andenaes, Johannes, *The General Part of the criminal Law of Norway*, Londres, 1965; Andrade, Vera Regina Pereira de, Dogmática e Sistema Penal, Florianópolis, 1994, *mimeo* UFSC; Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (atualizada por Luigi Conti), Milão, 1969; Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, Madri, 1986 (2ª ed. anotada e atualizada por J.J.Hernández Guijarro e L. Beneytez Merino); Artega Sánchez, Alberto, *Derecho Penal Venezolano, Parte General*, Caracas, 1989; Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974; Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1984; Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1987 (2ª ed., Buenos Aires, 1999); Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madri, 1997; Baigún, David – Zaffaroni, E.R.-Terragni, M.A., *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial*, I, Buenos Aires, 1997; Bassiouni, M. Cherif, *Substantive Criminal Law*, Springfield, 1978; Batista, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Rio, 1996, ed. Revan; Bauer, Anton, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen, 1833; Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1995 (Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1985; Baumann, Jürgen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1975); Bento de Faria, Antônio, Código Penal Brasileiro Comentado, Rio, 1961, ed. Record (7 vols); Bekker, Ernst Inmanuel, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857; Beleza dos Santos, José, Ensaio sobre a introdução ao Direito Penal, Coimbra, 1968; Beling, Ernst von, *Grundzüge des Strafrechts*, 1930 (*Esquema de Derecho Penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944); Beling, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio – Arroyo Zapatero, Luis

– García Rivas, Nicolás – Ferré Olivé, Juan Carlos – Serrano Piedecasas, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1996; Bernaldo de Quirós, Constancio, *Derecho Penal, Parte General*, Puebla, 1948; Berner, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857; Bertault, A., *Cours de Code Pénal et leçons de législation criminelle*, Paris, 1873; Bettiol, Giuseppe – Pettoello Mantovani, Luciano, *Diritto Penale*, Pádua, 1986; Bettiol, Giuseppe, *Diritto Penale*, Pádua, 1982; Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966 (1987); Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; *Compendio di Diritto Penale*, trad. Adelmo Borettini, Roma, 1927; Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I., *Norm und Strafgesetze*, Leipzig, 1914; t. II, *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, Leipzig, 1916; t. IV, *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919; Bishop, Joel Prentiss, *New Commentaries on the Criminal Law*, Chicago, 1892; Bitencourt, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Blackstone, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, Paris, 1822; Blanche, Antoine, *Études prátiques sur le Code Pénal*, Paris, 1872; Blei, Herrmann, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, (ed. reelaborada do trabalho de Edmund Mezger), Munique, 1975; Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, 1996; Bockelmann, Paul-Volk, Klaus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, 1987; Böhmer, D. Georg Wilhelm, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts*, Göttingen, 1816; Boscarelli, Marco, *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, 1988; Bramont Arias, Luis A., *Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1978; Brandão, Cláudio, Teoria Jurídica do Crime, Rio, 2001, ed. Forense; Breglia Arias, Omar-Gauna, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias*, Buenos Aires, 1985; Brito, Alves, Roque de, Direito Penal, Recife, 1977, ed. Inojosa; Bruno, Aníbal, Direito Penal, Rio, 1956, ed. Forense (4 vols.); Brusa, Emilio, *Prolegómenos de derecho penal*, Madri, 1897; Bueno de Carvalho, Amilton, Direito Alternativo em Movimento, Niterói, 1997, ed. Luam; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1994; Bustos Ramírez, Juan – Hormazabal Malareé, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* (vol. I), Madri, 1997; (vol. II) *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Madri, 1999; Cadoppi, A. – Donini, M. – Fornasari, G. – Gamberini, A. – Insolera, G. – Mazzacuva, N. – Pavarini, M. – Rosoni, I. – Stortoni, L. – Valenti, A. – Zanotti, M., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, *a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti*, Turim, 1997; Cairoli, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte General*, Montevidéu, 1985; Campos, Alberto A., *Derecho Penal, Libro de estudio de la parte general*, Buenos Aires, 1987; Canonico, Tancredi, *Introduzione allo Studio del Diritto Penale. Del reato e della pena in genere*, Turim, 1872; Capez, Fernando, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 2002, ed. Saraiva; Caraccioli, Ivo, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Pádua, 1998; Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996; Cardassi, Carlo, *Tesmologia Penale o vero analisi ragionata delle teorice di dritto penale compilata ad istituzione per la seconda parte del Codice del Regno delle Due Sicilie*, Nápoles, 1858; Card, Richard (Card-Cross-Jones), *Criminal Law*, Londres, 1998; Carmignani, Joannis, *Juris Criminalis Elementa*, Pisa, 1822 (Carmignani, Giovanni, *Elementi di Diritto Criminale*, Milão, 1863, trad. C. Dingli); Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, Paris, 1836; Carrancá y Trujillo, Raúl-Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal Anotado*, México, 1990; Carvalho, Salo de, Pena e Garantias, Rio, 2001, ed. L. Juris; Carvell, I.G. – Swinfen Green, E., *Criminal Law and Procedure*, Londres, 1970; Carrara, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Univeristà di Pisa*, Florença, 1924; Carrara, Francesco, *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1885; Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, México, 1988 (com notas de R. Carrancá y Rivas); Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, México, 1990; Cavaleiro de Ferreira, Manuel, Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, Lisboa, 1992; Cavallo, Vincenzo, *Diritto Penale*, Nápoles, 1955; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1998; Cernicchiaro, Luiz Vicente, Estrutura do Direito Penal, S. Paulo, 1972, ed. Sug. Lit.; Chauveau, Adolphe-Hélie, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, Paris, 1872; Cirino dos Santos, Juarez, Direito Penal, Rio, 1985, ed. Forense; do mesmo, A Moderna Teoria do Fato Punível, Rio, 2002, ed. Revan; Clarkson, C.M.V.-Keating, H.M., *Criminal Law: Text and Materials*, Londres, 1990; Clarkson, C.M.V.-Keating, H.M., *Criminal Law and Materials*, Londres, 1998; Cobo del Rosal, Manuel-Vives Antón, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1996 (1991); Cobo del Rosal, Manuel (org.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Madri, 1999; Coelho, Walter, Teoria Geral do Crime, P. Alegre, 1991, ed. Fabris; Cogliolo, Pietro, *Completo trattato teorico e pratico di Diritto Penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, Milão, 1888; Concha, José Vicente, *Tratado de Derecho Penal y comentarios al código penal colombiano*, Paris, s.d.; Constant, Jean, *Précis de Droit Pénal*, Lieja, 1967; Conte, Philippe – Maistre de Chambon, Patrick, *Droit Pénal Général*, Paris, 1996 (Paris, 1990); Contento, Gaetano, *Corso di diritto penale, volume secondo*, Roma-Bari, 1996; Córdoba Roda, Juan-Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972; Cortés Ibarra, Miguel Angel, *Derecho Penal, Parte General*, México, 1987; Correia, Eduardo, Direito Criminal, Lisboa, 1971; Costa e Silva, A. J., Comentários ao Código Penal Brasileiro, S. Paulo, 1967, ed. Contasa; Costa Jr., Heitor, Teoria dos Delitos Culposos, Rio, 1988, ed. L. Juris; Costa Jr., Paulo José da, Comentários ao Código Penal, S. Paulo, 1986, ed. Saraiva (3 vols.); Cousiño MacIver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, t. I, Santiago de Chile, 1975; t. II, 1979; Crespi, Alberto-Stella, Federico-Zuccalà, Giuseppe, *Commentario breve al Codice Penale*, Pádua,

1992; Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1988; Crivellari, Giulio, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, Turim, 1890; Cross and Jones, *Introduction to Criminal Law*, Londres, 1976; Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Barcelona, 1951; Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, Madri, 1996; Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, Guatemala, 1954; Cunha Luna, Everardo, Capítulos de Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva; Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal, Parte general*, Sgo. de Chile, 1988; Curzon, L.B., *Criminal Law*, Londres, 1991; Chiossone, Tulio, *Manual de Derecho Penal Venezolano*, Caracas, 1972; De la Rua, Jorge, *Código Penal Argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1969 (2ª ed. 1998); Delmanto, Celso, Código Penal anotado, São Paulo, 1986; del Rosal, Juan, *Tratado de Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1969; De Marsico, Alfredo, *Diritto Penale, Parte Generale* (ed. atualizada por Mario Mazzanti), Nápoles, 1969; De Oliveira Leal-Henriquez y Carrillo de Simas Santos, Manuel José, *O Código Penal de 1982*, v. I, Lisboa, 1986; Desportes, Frédéric-Le Gunehec, Francis, *Le nouveau droit pénal*, Paris, 1996; De Tomaso, Antonio, *Código Penal Argentino sancionado el 30 de Setiembre de 1921*, Buenos Aires, 1921; De Wet, J.C. – Swanepoel, H.L., *Die Suid-Afrikaense Strafreg*, Durban, 1966; Díaz, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina, Comentario de sus disposiciones*, Buenos Aires, 1942; Díaz Roca, Rafael, *Derecho Penal General, Ley orgánica 10/1995 del 23 de noviembre*, Madri, 1996; Dohna, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1958 (trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker); Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena, I, Teoría de la pena y la culpabilidad*, Buenos Aires, 1992; Donini, Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Pádua, 1996; Dotti, René Ariel, Curso de Direito Penal, Rio, 2001, ed. Forense; Doucet, Jean Paul, *Précis de Droit Pénal Général*, Liège, 1976; Ebert, Udo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1993; Elbert, Carlos A.-Gullco, Hernán Victor, *Ejercicios de Derecho Penal (y derecho procesal penal)*, Buenos Aires, 1992; Eser, Albin-Burkhardt, Björn, *Strafrecht I, Schwerpunkt allgemeine Verbrechenselemente*, Munique, 1992; Eser, Albin, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madri, 1995 (trad. S. Bacigalupo e M. Cancio Meliá); Estrada Velez, Federico, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1981; Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, 1989; Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 1989; Ferri, Enrico, *Principii di Diritto Criminale*, Turim, 1928; Feu Rosa, Antônio José Miguel, Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, 1993; Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1832 (1847); Fiandaca, Giovanni – Musco, Enzo, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bolonha, 1995;

Figueiredo Dias, Jorge de, Direito Penal Português, Parte Geral II, As consequências jurídicas do crime, Lisboa, 1993; Filangieri, Gaetano, *La Scienza della Legislazione*, Milão, 1817; Finger, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1904; Fiore, Carlo, *Diritto Penale, Parte Generale*, Turim, 1993; Fitzgerald, P.J., *Criminal Law and Punishment*, Oxford, 1962; Fletcher, George P., *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, 1997 (trad. F. Muñoz Conde); Flora, Giovanni – Tonini, Paolo, *Nozioni di diritto penale*, Milão, 1997; Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milão, 1934; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1966 (reimp. Buenos Aires, 1990); Fragoso, Lições de Direito Penal, Rio, 1987, ed. Forense (3 vols.); do mesmo, Conduta Punível, S. Paulo, 1961, ed. J. Bushatsky; também, Direito Penal e Direitos Humanos, Rio, 1977, ed. Forense; Frank, Reinhard von, *Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlim, 1931; Frederico Marques, José, Tratado de Direito Penal, S. Paulo, 1965, ed. Saraiva (3 vols.); Freund, Georg, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlim, 1998; Frias Caballero, Jorge, *Temas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1970; Frias Caballero, Jorge – Codino, Diego – Codino, Rodrigo, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1993; Gaitán Mahecha, Bernardo, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, 1963; Galdino, Siqueira, Tratado de Direito Penal, Rio, 1947, ed. J. Konfino (4 vols.); Gama, Affonso Dionysio, Código Penal Brasileiro, São Paulo, 1929; Garcia, Basileu, Instituições de Direito Penal, S. Paulo, s.d., 4ª ed., ed. M. Limonad (2 vols.); García Pablos, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Madri, 1995; Garçon, Émile, *Code Pénal Annoté*, Paris, 1901; Garraud, R., *Précis de Droit Criminel*, Paris, 1903; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho Penal Español*, Madri, 1979; Giraldo Marín, Luis Carlos, *Actas del nuevo Código Penal Colombiano*, Parte General, Bogotá, 1980; Giuliani, Giacomo, *Principi di Giurisprudenza Penale*, Pádua, 1809; Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939; Gómez, Eusebio, *Leyes Penales Anotadas*, Buenos Aires, 1952; Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal, Parte general*, Madri, 1984; Gómez de la Serna, Pedro-Montalván, Juan Manuel, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Madri, 1865; González Roura, Octavio, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1925; González, Teodosio, *Derecho Penal*, Assunção, 1928; Gour, Hari Singh, *The Penal Law of India*, Allahabad, 1990; Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, Rio, 2002, ed. Impetus; Grisanti Aveledo, Hernando, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Caracas, 1989; Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, Buenos Aires, 1949 (trad. Isidoro De Benedetti); Groizard y Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madri, 1902; Grolmann, Karl von, *Grundsätze des Criminalrechtswissenschaft. Einer systematischer Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Giessen, 1798; Gropp, Walter,

Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlim, 1997; Gross, Hyman, *A theory of Criminal Justice*, New York, 1979; Gutiérrez, Josef Marcos, *Práctica Criminal de España*, Madri, 1806; Haft, Fritjof, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, 1998; Hall, Jerome, *The General Principles of Criminal Law*, Indiannapolis-New York, 1960; Hälschner, Hugo, *System des Preussischen Strafrechts*, Bonn, 1858; Harb, Benjamín Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, La Paz, 1990; Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. F. Muñoz Conde e L. Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984; Hassemer, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munique, 1990; Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Paris, 1874; Henke, Hermann Wilhem Eduard, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Zürich, 1815; Hennau, Christianne-Verhaegen, Jacques, *Droit Pénal Général*, Bruxelas, 1991; Herrera, Julio, *La reforma penal*, Buenos Aires, 1911; Herrero Herrero, César, *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, Madri, 1996; Hidalgo Garcia, Juan Antonio, *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Madri, 1908; Hippel, Robert von, *Deutsches Strafrecht*, I, 1926; Hippel, Robert von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlim, 1932; Hirsch, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras completas*, Santa Fe, 1998-2000; Holtzendorff, F. von, *Handbuch des Deustchen Strafrechts*, Berlim, 1871; Hruschka, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, Berlim, 1988; Hungria, Nélson, Comentários ao Código Penal, Rio, 1948-1951, ed. Forense (9 vols.; colab. Roberto Lyra e Aníbal Bruno – v. II – e Aloysio de Carvalho Filho – v. V); Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1978 (2ª ed. 1987); Hurtado Pozo, José, *Droit pénal. Partie Générale I. Notions fondamentales et loi pénale*, Fribourg, 1991; Hurwitz, Stephan, *Den Danske Kriminalret, Almindelig Del*, Kopenhagen, 1964; Impallomeni, G.B., *Istituzioni di Diritto Penale*, Turim, 1921; Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madri, 1995 (trad. J. Cuello Contreras e J.L.Serrano González de Murillo); Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlim, 1983; Jeandidier, Wilfrid, *Droit Pénal Général*, Paris, 1991; Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlim, 1978; Jescheck, Hans-Heinrich-Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Alleg. Teil*, Berlim, 1996; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, 1993 (trad. J. L. Manzanares Samaniego); Jesus, Damásio E., Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. Saraiva (4 vols.); Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1964-1970; Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1959; Jofré, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, 1922; Kenny, Courtney Stanhope, *Esquisse du Droit Criminel Anglais*, Paris, 1921; Kienapfel, Diethelm, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlim, 1978; Kienapfel, Diethelm, *Strafrecht, Allgemeiner

Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts, Viena, 1991; Kleinschrod, Gallus Alons, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, Erlangen, 1876; Köhler, Michael, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlim, 1997; Köstlin, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grunbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845; Kühl, Kristian, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munique, 1997; Laje Anaya, Justo-Gavier, Enrique, *Notas al Código Penal Argentino, t.I., Parte General*, Córdoba, 1996; Landecho, Carlos Maria, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1992; Landecho Velasco, Carlos María – Molina Blázquez, Concepción, *Derecho penal español, parte general*, Madri, 1996; Landrove, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal Español*, Madri, 1989; Larguier, Jean, *Droit pénal général*, Paris, 1997; Le Graverend, J. M., *Traité de la Législation Criminelle en France*, Paris, 1830; Lesch, Heiko Hartmut, *Die Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colônia, 1999; Lezana, Julio B., *Apuntes de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1918; Liszt, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1891; Liszt, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, Madri, s.d. (trad. L. Jiménez de Asúa, notas de Quintiliano Saldaña); Lopes, Jair Leonardo, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, (trad. M. H. Prudhomme), Paris, 1892; Luisi, Luiz, O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal, P. Alegre, 1987, ed. Fabris; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Madri, 1996; Lyra Filho, Roberto – Cernicchiaro, L. Vicente, Compêndio de Direito Penal, S. Paulo, 1973, ed. J.Bushatsky; Lyra, Roberto, Introdução ao Estudo do Direito Criminal, Rio, 1946, ed. Nac. Dir.; do mesmo, Noções de Direito Criminal, Rio, 1945, ed. Nac. Dir.; do mesmo, Direito Penal Normativo, Rio, 1975, ed. J. Konfino; também Direito Penal Científico, Rio, 1974, ed. J. Konfino; também, Novo Direito Penal, Rio, 1980, ed. Forense; Madeira, Ronaldo Tanus, A Teoria do Delito e o Código Penal Brasileiro, Rio, 1994, ed. L. Juris; Magalhães Noronha, E., Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva (4 vols.); Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Bogotá, 1971-1972 (trad. J.J.Ortega Torres); Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1989 (2ª ed. 1996); Majno, Luigi, *Commento al Codice Penale Italiano*, Turim, 1924; Malagarriga, Carlos, *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1927; Mallo, Mario M., *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1948; Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1998; Manigot, Marcelo A., *Código Penal de la Nación Argentina, Anotado y Comentado*, Buenos Aires, 1969; Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale*, Pádua, 1988; Manzanares Samaniego, José Luis-Albácar López, José Luis, *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1990; Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1948 (trad. S. Sentís Melendo); Marini, Giuliano, *Lineamenti del Sistema Penale*,

Turim, 1993; Marinucci, Giorgio-Dolcini, Emilio, *Corso di Diritto Penale, I, Nozione, Struttura e Sistematica del reato*, Milão, 1995 (2ª. ed. 1999); Martínez Milton, Luis, *Derecho Penal, Parte General, I, Teoría del delito*, Assunção, 1987; Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe, 1971; Maurach, Reinhart-Zipf, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband I*, Heidelberg, 1987 (8ª ed., 1992); Maurach, Reinhart – Gössel, Karl Heinz – Zipf, Heinz, *Strafrecht, Allegemeiner Teil, Teilband II*, Heidelberg, 1989; Mayer, Hellmuth, *Strafrecht, Allg. Teil*, Stuttgart, 1953; Mayer, Hellmuth, *Strafrecht, Allg. Teil (Grundriss)*, Stuttgart, 1967; Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heildelberg, 1915 (2ª ed. 1923); Mayrink da Costa, Álvaro, Direito Penal, Rio, 1991, ed. Forense (2 vols.); Medrano Ossio, José, *Derecho Penal Aplicado*, Potosí, 1960; Mendoza, José Rafael, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Caracas, 1971; Merle, Roger - Vitu, Andre, *Traité de Droit Criminel. Droit pénal général*, Paris, 1989 (Paris, 1984); Merkel, Adolf, *Derecho Penal*, Madri, s.d. (trad. P. Dorado); Merkel, Adolf-Liepmann, M., *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Stuttgart, 1912; Mestieri, João, Teoria Elementar do Direito Criminal, Rio, 1990 (1ª ed. 1971); do mesmo, Manual de Direito Penal, Rio, 1999, ed. Forense; Meyer, Hugo – Allfeld, Philipp, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig-Erlangen, 1922; Mezger, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlim-Munique, 1950; Mezger, Edmund, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1949; Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Madri, 1946 (trad. J.A.Rodríguez Muñoz); Mezger, Edmund-Blei, Herrmann, *Strafrecht, I, Allg. Teil*, Munique, 1968; Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*, Buenos Aires, 1958 (trad. Conrado Finzi); Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. Atlas (3 vols.); Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1985 (últ. ed. 1998); Moccia, Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore*, Nápoles, 1992; Moreno (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923; Morillas Cueva, Lorenzo, *Curso de derecho Penal Español, Parte general*, Madri, 1996; Moyano Gacitúa, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1899; Muñoz Conde, Francisco – Garcia Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1996; Muñoz R., Campo Elías-Guerra de Villalaz, Aura E., *Derecho Penal Panameño, Parte General*, Panamá, 1980; Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, Paris, 1762; Naucke, Wolfgang, *Strafrecht, Ein Einführung*, Frankfurt, 1975; Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980; Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago de Chile, 1985; Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1959-1960; Nuñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Córdoba-Buenos Aires, 1977; Nuñez, Ricardo C., *Las disposiciones generales del Código Penal*, Córdoba, 1988; Nuvolone, Pietro, O sistema do Direito Penal, São Paulo, 1981 (trad. A. Pellegrini Grinover e R.A. Dotti); Nyppels, J.S.G., *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruxelas, 1872; Obarrio, Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1884 (1902); Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio-Huerta Tocildo, Susana, *Derecho Penal, Parte General: Teoría jurídica del delito*, Madri, 1986; Oderigo, Mario A., *Código Penal Anotado*, Buenos Aires, 1957; Ortolan, J., *Resumée de Éléments de Droit Pénal*, Paris, 1874; Ossorio y Florit, Manuel, *Código Penal de la República Argentina, Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Buenos Aires, 1997; Otto, Harro, *Grundkurz Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim, 1976 (1996); Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madri, 1870; Pagano, Francesco Mario, *Principj del Codice Penale*, Milão, 1803; Pagliaro, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, 1996; Palazzo, Francesco, *Introduzione ai principi del Diritto Penale*, Turim, 1999; Pannain, Remo, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Turim, 1967; Paulsen, Monrad G.-Kadish, Sanford H., *Criminal Law and its processes. Cases and Materials*, Boston, 1962; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1990; Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General*, Lima, 1997; Perez, Luis Carlos, *Derecho Penal*, Bogotá, 1987; Perez Pinzón, Alvaro Orlando, *Introducción al Derecho Penal*, Medellín, 1989; Pessina, Enrico, *Elementi di Diritto Penale*, Nápoles, 1871; Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Madri, 1913 (trad. H. González del Castillo); Pessina, Enrico, *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Raccolta di monografie*, Milão, 1910; Pessoa, Nelson – González Macchi, José I., *Código Penal Comentado*, Assunção, 2000; Pincherle, Gabriele, *Manuale di Diritto Penale*, Turim, 1888; Piñero, Osvaldo, *Derecho Penal, Apuntes*, Buenos Aires, 1909; Pinto Bouquet, H. N., *Código Penal Concordado*, Buenos Aires, 1942; Pisapia, Gian Domenico, *Istituzioni di Diritto Penale*, Pádua, 1970; Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1990 (1996); Politoff Lifschitz, Sergio, *Derecho Penal*, Santiago de Chile, 1997; Pompe, W.P.J., *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle, 1959; Porte Petit, Calestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, México, 1969; Pradel, Jean, *Droit Pénal, Tome I, Introduction générale. Droit Pénal général*, Paris, 1996; Prado, Luiz Régis, Curso de Direito Penal Brasileiro, S. Paulo, 1999, ed. RT (4 vols.); Prins, Adolphe, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelas-Paris, 1899; (Prins, Adolphe, Ciência penal e Direito Positivo, Lisboa, 1915, trad. H. de Carvalho); Puglia, Ferdinando, *Manuale di Diritto Penale*, Nápoles, 1890; Quiroga, Adán, *Delito y pena*, Córdoba, 1886; Quirós Pérez, Renén, *Introducción a la teoría del derecho penal*, Havana, 1987; Raffo de la Reta, J.C., *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1921; Raggi y Ageo, Armando

M., Derecho Penal Cubano, El código de defensa social, Estudio teórico-práctico, Havana, 1938; Ramos, Juan P., Curso de Derecho Penal, Buenos Aires, 1935; Ranieri, Silvio, Manuale di Diritto Penale, Pádua, 1952; Reale Jr., Miguel, Teoria do Delito, S. Paulo, 1997, ed. RT; Reyes, Alfonso, Derecho Penal Colombiano Parte General, Bogotá, 1984; Righi, Esteban-Fernández, Alberto-Pastoriza, Luis, *Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, 1988; Righi, Esteban-Fernández, Alberto, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena,* Buenos Aires, 1996; Rivarola, Rodolfo, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1910; Rivarola, Rodolfo, Exposición y crítica del código penal de la República Argentina, Buenos Aires, 1890; Riz, Rolando, *Liniamienti di diritto penales*, Bolzano, 1998; Robert, Jacques-Henri, *Droit Pénal Général*, Paris, 1988; Rodríguez Devesa, José Maria, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1976; Rodríguez Devesa, José Maria-Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madri, 1994; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal, Parte General*, Madri, 1977; Rodriguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Madri, 1997; Rodríguez Ramos, Luis, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Madri, 1988; Rolland de Villargues, M., *Les Codes Criminels*, Paris, 1877; Romagnosi, Giandomenico, *Genesi del diritto penale*, Milão, 1857; Romano, Mario, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milão, 1995 (t. I); Romano, Mario – Grasso, Giovanni, Milão, 1996 (t.II); Romano, Mario – Grasso, Giovanni – Padovani, Tullio, Milão, 1994 (t.III); Rossi, Pellegrino, *Traité de Droit Pénal*, Paris, 1863; Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munique, 1992 (2ª. ed. 1994, 3ª ed. 1997); Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. I.* Madri, 1997 (trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal); Roxin, Claus-Arzt, Günther-Tiedemann, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, 1988 (trad. L. Arroyo Zapatero y J.L.Gómez Colomer); Rubianes, Carlos J., *El Código penal y su interpretación jurisprudencial*, Buenos Aires, 1974; Rudolphi, Hans Joachim-Horn, Eckhard-Samson, Erich-Schreiber, Hans Ludwig, *Systematicher Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt, 1975; Ruíz, Servio Tulio, *Teoría del hecho punible,* Bogotá, 1980; Sainz Cantero, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1990; Salgado Martins, José, Direito Penal, S. Paulo, 1974, ed. Saraiva; Saltelli, Carlo-Romano di Falco, Enrico, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, Turim, 1931; Salvage, Philippe, *Droit pénal général*, Grenoble, 1991; Samaha, Joel, *Criminal Law*, St. Paul, Minn., 1993; Samson, Erich, *Strafrecht I*, Frankfurt, 1988; Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991; Santoro, Arturo, *Manuale di Diritto Penale*, Turim, 1958; Santaniello, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, Milão, 1967; Sarrulle, Oscar E. J.-Caramuti, Carlos, *Código Penal, Parte General,* Buenos Aires, 1992; Sauer, Guillermo, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1956 (trad. J. del Rosal y J. Cerezo Mir); Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1982; Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch,* Tübingen, 1970; Schönke, Adolf-Schröder, Horst, *StGB Kommentar*, Munique, 1970; Schultz, Hans, *Einführung in den Allgemeiner Teil des Strafrechts,* Bern, 1973; Schünemann, Bernd y otros, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madri, 1991 (trad. J.M.Silva Sánchez); Seelmann, Kurt (Redaktion), *Kommentar zum StGB*, Luchterhand, 1990; Siluing, Helen, *Elementos constitutivos del delito*, Porto Rico, 1977; Silva Franco, Alberto *et alii*, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, São Paulo, ed. RT, 1979; Silva Franco, Alberto, Crimes Hediondos, S. Paulo, 2000, ed. RT; Silva Sánchez, Jesús-Maria, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992; Silvela, Luis, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madri, 1874 (Madri, 1903); Siqueira, Galdino, Tratado de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1950; Smith, J.C.-Hogan, Bryan, *Criminal Law*, Londres, 1992; Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino* (atualizador G.J.Fierro), Buenos Aires, 1988; Stefani, Gaston – Levasseur, Georges – Bouloc, Bernard, *Droit pénal général,* Paris, 1992; Stooss, Karl, *Lerbuch des Österreichischen Strafrechs*, Viena e Leipzig, 1913; Stratenwerth, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat,* Berlim, 1981 (Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal, Parte General, I, El hecho punible*, Madri, 1982, trad. Gladys Romero); Streck, Lenio Luiz,Hemenêutica Jurídica e(m) Crise, P. Alegre,2000, ed. Liv. Adv.; Stuart, Don, *Canadian Criminal Law, A Treatise*, Toronto, 1982; Suazo Lagos, René, *Lecciones de Derecho Penal, I, Parte General*, Tegucigalpa, 1980; Tavares, Juarez, Teorias do Delito, S. Paulo, 1980, ed. RT; do mesmo, do Injusto Penal, B. Horizonte, 2002 (2ª ed.), ed. Del Rey; também, Direito Penal da Negligência, S. Paulo, ed. RT; Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1860 (2ª ed. 1871); Temme, J.D.H., *Lehrbuch des gemeinen Strafrechts*, Stuttgart, 1876; do mesmo, *Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, Berlim, 1853; Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1980; Tieghi, Osvaldo N., *Comentarios al Código Penal, Parte General,* Buenos Aires, 1995; Tissot, J., *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, Madri, 1880 (trad. J. Ortega Garcia); Tittmann, Karl August, *Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts,* 1806-1809; Toledo, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, S. Paulo, 1994, ed. Saraiva; Torres Cháves, Efrain, *Breves cometarios al Código Penal*, Quito, 1979-1990; Trébutien, E., *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, Paris, 1854; Trechsel, Stefan, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich, 1994; Triffterer, Otto, *Optisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlim,

1981; Tulkens, Françoise-van der Kerchove, Michel, *Introduction au Droit Pénal*, Bruxelas, 1993; Valdovinos, Eduardo A., *Código Penal interpretado através de fallos rectores y plenarios vigentes*, Buenos Aires, 1979; van Bemmelen, J. M., *Ons strafrecht, 1 algemeen deel het materiële strafrecht*, Dordrecht, 1975; van Bemmelen, J.M.-van Hattum, W.F.C., *Hand- en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem, 1953; van Hamel, G. A., *Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht*, Haarlem, 1927 (4ª ed. atualizada por J. van Dijck); Vannini, Ottorino, *Manuale di Diritto Penale*, Florença, 1954; Vargas, José Cirilo de, Instituições de Direito Penal, B. Horizonte, 1997, ed. Del Rey (o 2° vol., Rio, 2000, ed. Forense); Vassalli, Giuliano, *Scritti Giuridici*, Milão, 1997; Vazquez Iruzubieta, Carlos, *Código Penal Comentado*, Buenos Aires, 1970; Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1997; Viada y Vilaseca, Salvador, *Código Penal reformado de 1870*, Madri, 1870; Vidal, Georges, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Paris, 1916; Vidal, Humberto S., *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Buenos Aires, 1992; Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, México, 1960; Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1990; Villey, Edmond, *Précis d'un Cours de Droit Criminel*, Paris, 1891; Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, com estudo preliminar de M. Jiménez Redondo, Valencia, 1996; Vives Antón, Tomás S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, v. I (arts. 1 a 233), Valencia, 1996; Weber, Hellmuth von, *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929; Weber, Hellmuth von, *Grundriss des deutschen Strafrecht*, Bonn, 1946; Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, Allg. Teil*, Berlim, 1969 (Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Santiago de Chile, 1970, trad. J. Bustos Ramírez e S. Yáñez Pérez; Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., 1956, trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker); Welzel, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, Berlim, 1957 (Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, trad. J. Cerezo Mir); Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allg. Teil*, Karlsruhe, 1992; Wessels, Johannes – Beulke, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1998; Zaffaroni, Eugenio Raúl-Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Buenos Aires, 1996; Zambrano Pasquel, Alfonso, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Guayaquil, 1984; Zdravomíslov, B.V.-Schneider, M.A.-Kélina, S.H.-Rashkóvskaia, S., *Derecho penal soviético, Parte General*, Bogotá, 1970 (trad. Nina de la Mora y Jorge Guerrero); Zevenbergen, Willem, *Leerboek van het nederlandsche Strafrecht*, Den Haag, 1924; Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990 (trad. M. Sancinetti); Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, Valencia, 1993.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

al.	alínea
Acr	apelação criminal
ADPCP	*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (citado por ano e página)
AIDP	Associação Internacional de Direito Penal
AK	*Alternativ - Kommentar zum Strafgesetzbuch*
ARSP	*Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie* (citado por ano e página)
art.	artigo
AT; *Allg. Teil*	Parte Geral
Aufl.	*Auflage* (edição)
BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemão)
BGHSt	acórdãos do Tribunal Supremo Federal em matéria penal
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão)
C	câmara
cap.	capítulo
CDJP	*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (citada por número, ano e página)
cf.	confronte-se
cit., cits.	citado(a), citados(as)
CP	Código Penal
CPC	*Cuadernos de Política Criminal*
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República
DAR	*Deutsches Autorecht* (revista de direito do Automóvel Clube Alemão, citada por ano e página)
DDDP	*Dei delitti e delle pene* (citada por número, ano e página)
dir.	diretor de publicação periódica
diss.	dissertação
DJ	*Doctrina Jurídica* (publicação do Departamento de Investigações Jurídicas da Universidade Católica de La Plata, 1970-1974, citada por número, ano e página) ou Diário da Justiça (citado por data e página)
DP	*Doctrina Penal* (citada por ano e página)
DPC	*Derecho Penal Contemporáneo* (revista de direito penal do seminário de Direito Penal da Univ. Nac. Autônoma do México, 1965-1971, citada por ano e página)

DS-CDS	Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade
DStrZ	*Deutsche Strafrechts-Zeitung* (citado por ano e página)
ED	*El Derecho*
ed.	edição, editor, editado
FS	*Festschrift, Festgabe* (livro-homenagem)
GA	*Archiv für Strafrecht* (*Goltdammer´s Archiv*) (citado por ano e página)
GP	*Giustizia Penale*
GS	*Der Gerichtssaal* (citado por tomo, ano e página)
GS	*Gedächtnisschrift* (livro em memória)
HC	*habeas corpus*
inc.	inciso
intr.	introdução
JA	*Juristische Arbeitsblätter, Strafrecht* (citada por ano e página)
JA	*Revista de Jurisprudência Argentina*
JZ	*Juristenzeitung* (citada por ano e página)
KJ	*Kritische Justiz* (citada por ano e página)
KrimJ	*Kriminologisches Journal* (citada por ano e página)
LCP	lei de Contravenções Penais
LEP	lei de Execução Penal
LK	*Leipziger Kommentar*
LL	*La Ley*
loc. cit.	*locus citatus* (lat.: lugar citado)
N T	nota do tradutor
n., nn. nota,	notas
n°, n^{os}	número(s)
NDP	*Nueva Doctrina Penal* (citada por ano, número e página)
NFP	*Nuevo Foro Penal* (citada por número, ano e página)
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift* (citada por ano e página)
NPP	*Nuevo Pensamiento Penal* (citada por número, ano e página)
(org.)	organizador, coordenador ou diretor de publicação não periódica
p. ex.	por exemplo
p., pp. página,	páginas
PA	*Projeto Alternativo de Código Penal Alemão*, Parte Geral, 1966 (2ª ed. 1969)
PE	Parte Especial
PG	Parte Geral
PJ	*Poder Judicial* (citada por número e ano)
RBCCrim	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RBCDP	Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal
RDP	Revista de Direito Penal

RDP y C.	*Revista de Derecho Penal y Criminología* (citada por número, ano e página)
recens.	recensão, resenha
RECr	Revista de Estudos Criminais
reimpr.	reimpressão
REsp	recurso especial
RExt	recurso extraordinário
RF	Revista Forense
RG	*Reichsgericht*, Tribunal do *Reich*
RHC	recurso de *habeas corpus*
RJSTJ	Revista de Jurisprudência do STJ
RIDP	*Revue Internationale de Droit Pénal*
RIDPP	*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (citada por ano e página)
RIFD	*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (citada por ano e página)
RJV	*Revista Jurídica Veracruzana* (citada por número, ano e página)
RSE	recurso em sentido estrito
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência (STF)
s.d.	sem data
ss.	e seguintes (páginas)
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão, segundo a versão de 1987)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
StPO	*Strafprozessordnung* (Ordenança Processual Penal, segundo a versão de 1987)
StVollzG	*Strafvollzugsgesertz* (lei sobre a execução da pena privativa de liberdade e das medidas de correção e segurança com privação de liberdade de 1976)
t.	tomo
T	turma
TA_ _	Tribunal de Alçada do Estado (as duas últimas letras representam o Estado de que se trate)
TACrimSP	Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
tb.	também
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
tes. dout.	tese doutoral
TJ_ _	Tribunal de Justiça do Estado (as duas últimas letras representam o Estado de que se trate)
trad.	tradução, traduzido, tradutor

TRF-_	Tribunal Regional Federal (o algarismo após o hífen define a região judiciária)
V.	*Vide*
v.g.	*verbi gratia*
vol.	volume
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (citada por tomo, ano e página)

CAPÍTULO I

Direito Penal e Poder Punitivo

AA. VV. A Instituição Policial, em Rev. OAB-RJ, Rio, 1985, ed. OAB-RJ, n° 22; AA.VV. A Polícia na Corte e no Distrito Federal (1831-1930), A Polícia e a Força Policial no Rio de Janeiro e A Guarda Municipal no Rio de Janeiro (1831-1918), nos volumes 3, 4 e 5 da série Estudos PUC/RJ, Rio, mimeo; AA.VV. Vitimologia – Enfoque Interdisciplinar, Rio, 1993, ed. SBV/UERJ; Aniyar de Castro, Lola, *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo*, em *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, n° 13, Cali, 1985, p. 301 ss.; da mesma, *El proceso de criminalización*, em *Capítulo Criminológico*, n° 1, 1973, p. 69 ss.; Barker, Thomas – Roebuck, Julian, *An Empirical Typology of Police Corruption*, Springfield, 1973, ed. Ch. Thomas; Baratta, Alessandro, *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, em *Papers, Rev. de Sociología*, n° 13, *Sociedad y delito*, 1980, p. 15 ss.; Batista, Nilo, *Política criminal com derramamento de sangue*, em *Homenaje al Prof. Dr. Jorge Frías Caballero*, La Plata, 1998, p. 75 ss.; do mesmo Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Rio, 1990, ed. Revan; Bauman, Zygmunt, Modernidade e Holocausto, trad. M. Penchel, Rio, ed. Zahar; Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*, Montevidéu, 1983; Becker, Howard S., *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1973; Benjamin, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Bs. As., 1995; Berger, Peter – Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Bs. As., 1986; Beristain, Antonio, *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madri, 1974; Bettelheim, Bruno – Janowitz, Morris, *Cambio social y prejuicio*, Madri, 1975; Bobbio, Norberto, Os Intelectuais e o Poder, trad. M. A. Nogueira, S. Paulo, 1997, ed. UNESP; Botelho Junqueira, Eliane – Ribas Vieira, José – Piragibe da Fonseca, M. Guadalupe, Juízes – Retrato em Preto e Branco, Rio, 1997, ed. Revan; Bourdieu, Pierre, *Intelectuales, política y poder*, Buenos Aires, 1999; Bretas, Marcos Luiz, A Guerra das Ruas, Rio, 1997, ed. Arq. Nac.; Burleigh, Michael – Wippermann, Wolfgang, *Lo Stato razziale. Germania 1933-1945*, Milão, 1992; Bustos, Juan – Larrauri, Elena, *Victimología: presente y futuro*, Bogotá, 1993; Cerqueira, Carlos Magno Nazareth, O Futuro de uma ilusão: o Sonho de uma Nova Polícia, Rio, 2001, ed. F. Bastos; Cerqueira Filho, Gisálio, Análise Social da Ideologia, S. Paulo, 1988, ed. EDU; Chaui, Marilena

de Souza, O que é Ideologia, S. Paulo, 1984, ed. Brasiliense; Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire en Amerique Latine*, Paris, 1977; Crossman, R.H.S., *Biografía del estado moderno*, México, 1994; Chadwick and Little Catherine, *The criminalization of women*, em *Law, order and the authoritarian state*, editado por Phil Scraton, Philadelphia, 1987; Chapman, Denis, *Lo stereotipo del criminale*, Turim, 1971; Christie, Nils, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Turim, 1985; do mesmo, *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto?*, Buenos Aires, 1993; Dal Lago, Alessandro, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milão, 1999; De Leo, Gaetano – Patrizi, Patrizia, *La spiegazione del crimine. Billancio critico e nuove prospettive teorice*, Bolonha, 1992; de Souza Santos, Boaventura, *O discurso e o poder, Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre, 1988; Dornelles, João Ricardo Wanderley, Conflitos e Segurança, Rio, 2002, ed. L. Juris; Entelman, Ricardo, *Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico*, em *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs. As., 1982, p. 83 ss.; Equipo Seladoc, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Evans, Rod L. – Berent, Irwin M., *Drug Legalization, For and Against*, La Salle, Ill., 1993; Fernández, Gonzalo, *Derecho penal y derechos humanos*, Montevidéu, 1988; Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*, Genova, 1896; Ferriani, Lino, *Delincuentes astutos y afortunados*, Barcelona, 1908; Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, Madri, 1979; do mesmo, *Bisogna difendere la società*, Milão, 1998; também, *El orden del discurso*, Barcelona, 1980; Gabaldón, Luis, G., *El desempeño de la policia y los tribunales dentro del sistema de justicia penal*, em AA.VV., *Lecciones de criminología*, Bogotá, 1988, p. 147 ss.; Fascículos de Ciências Penais, P. Alegre, 1992, ed. Fabris, v. 5, n° 4; Garapon, Antoine, O Juiz e a Democracia, trad. M.L. Carvalho, Rio, 1999, ed. Revan; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madri, 1999; Girard, René, *El chivo expiatorio*, Barcelona, 1986; Goffman, Erving, Estigma, trad. M.B.M. Leite Nunes, Rio, 1975, ed. Zahar; Gramsci, Antonio, Os Intelectuais e a Organização da Cultura, trad. C. N. Coutinho, Rio, 1968, ed. Civ. Bras.; Gross, Samuel R. – Mauro, Robert, *Death and Discrimination: Racial Disparities in Capital Sentencing*, Boston, 1989; Guarnieri, Carlo, *Magistratura e politica in Italia, Pesi senza contrappesi*, Bolonha, 1992; Guarnieri, Carlo – Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*, Madri, 1999; Guastini, Riccardo, *Che Cos'è il Garantismo?* em *Critica del diritto*, n° 16-17, 1980, p. 63 ss.; Giddens, Anthony, *Sociología*, Madri, 1999; Gusfield, John, *The culture of public problems. Drinking driver and the symbolic order*, Chicago, 1981; Hagan, Frank E., *Political Crime: Ideology and Crime*, Boston, 1997; Hassemer, Winfried – Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995; Holloway, Thomas H., Polícia no Rio de Janeiro, trad. F.C. Azevedo, Rio, 1997, ed. FGV; Hood, Roger, *Race and Sentencing, A study in the Crown Court. A Report for The Commission for Racial Equality*, Oxford, 1992; Horton, Paul B. – Hunt, Chester L., *Sociología*, México, 1988; *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, *Muertes anunciadas*, Bogotá, 1993; Kant de Lima, Roberto, A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro, Rio, 1995, ed. Forense; Karam, Maria Lúcia, A esquerda punitiva, em DS-CDS n° 1, pp. 79 ss.; Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, 1994; Kosovski, Ester – Piedade Júnior, Heitor – Mayr, Eduardo (orgs.) Vitimologia em Debate, Rio, 1990, ed. Forense (v. I), Rio, 1997, ed. L.Juris (v. II); Kosovski, Ester – Séguin, Élida (orgs.) Temas de Vitimologia, Rio, 2000, ed. L. Juris; Kosovski, Ester – Piedade Júnior, Heitor (orgs.) Temas de Vitimologia II, Rio, 2001, ed. L. Juris; Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1975; Lamnek, Siegfried, *Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica*, México, 1998; Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, 1992; Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, Bs. As., 1974; do mesmo, *Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Opladen, 1971; Lavater, *La physiognomonie ou l'art de connaitre les hommes d'aprés les traits de leur physionomie, leurs rapports avec les divers animaux, leurs penchants etc.*, Paris, s.d.; Legendre, Pierre, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, 1979; Lemert, Edwin M., *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milão, 1981; Lewisch, Peter, *Verfassung und Strafrecht, Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung*, Viena, 1993; Lilly, J. Robert – Cullen, Francis T. – Ball, Richard A., *Criminological Theory, Context and consequences*, California, 1995; Liszt, Franz von, *Aufsätze und Vorträge*, Berlim, 1905; López Garrido, Diego, *El aparato policial en España. Historia, sociología e ideología*, Barcelona, 1987; Malinowski, Bronislaw, *Magic, Science and religion and other Essays, with an introduction by Robert Redfield*, New York, 1954; do mesmo, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1956; Martínez, Mauricio, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Bogotá, 1996; Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, tomo I, Bs. As., 1959; McIver, R.M. – Page, Charles H., *Sociología*, Madri, 1961; Matza, David, *El proceso de desviación*, Madri, 1981; Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1980; Merton, Robert K., *Teoría y estructuras sociales*, México, 1964; Mingardi, Guaracy, Tiras, Gansos e Trutas, S. Paulo, 1992, ed. Scritta; Miralles, Teresa, *El control formal: policía y justicia*, em Bergalli-Bustos, *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Barcelona, 1983; Mises, Ludwig von, *Burocrazia*, Milão, 1991; Moccia, Sergio, *La perenne emergenza. Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; Morillas Cueva, Lorenzo *Metodología*

y ciencia penal, Granada, 1990; Mosse, George L., *L'immagine dell'uomo. Lo stereotipo maschile nell'epoca moderna*, Turim, 1997; Neder, Gizlene, Discurso Jurídico e Ordem Burguesa, P. Alegre, 1995, ed. Fabris; Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati nell'inferno dantesco*, Turim, 1898; Novoa Monreal, Eduardo, *Elementos para una crítica y desmistificación del derecho*, Bs. As., 1985; Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959; Ost, François – Van de Kerchove, Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, 1987; Otten, Karl, *Masses, Elites and Dictatorship in Germany*, Londres, 1942; Paciotti, Elena, Sui magistrati. La questione della giustizia in Italia, Roma-Bari, 1999; Paliero, Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, en RIDPP, 1990; Pettoello Mantovani, Luciano, *Il valore problemático della scienza penalistica, 1961-1983. Contro dogmi ed empirismi*, Milão, 1983; Picardi, Nicola, *L'indipendenza del giudice*, en UNICRI, *Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina*, Roma, 1992, p. 279 ss.; Pilgram, Arno, *Kriminalität in Österreich*, Viena, 1980; Picht, Tamar, *Teoría de la desviación social*, México, 1980; da mesma, *Critical criminology, the construction of social problems and the question of rape*, en *International Journal Sociology of Law*, nº 13, 1985, p. 35 ss.; Poulantzas, N., *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, México, 1973; Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*, México, 1988; Resta, Eligio, *La ragione dei diritti*, en Letizia Gianformaggio (org.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turim, 1993; Ricoeur, Paul, *Ideología y utopía*, Barcelona, 1989; Ritzer, George, *Teoría sociológica contemporánea*, México, 1998; Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000; Ruiz Funes, Mariano, *Actualidad de la venganza. Tres ensayos de criminología*, Bs. As., 1944; Ruiz, Alicia E. C., *Aspectos ideológicos del discurso jurídico (Desde una teoria crítica del derecho)*, em *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., 1991, pp. 149 ss.; Russo, Eduardo Angel, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires, 1995; Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Munique, 1988; Rüther, Werner, *La criminalización (o "el delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). Respecto de Las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento – labelling approach – en el campo de la sociología criminal*, em CPC, nº 8, 1979; Sack, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, em *Kritische Justiz*, 1971, p. 384 ss.; Sandoval, Bernardino de, *Tractado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, Toledo, 1564; Schmidt de Oliveira, Ana Sofia, A Vítima e o Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Schneider, Hans Joachim, *Kriminologie*, Berlim, 1987; Schutz, Alfred, *El problema de la realidad social*, Bs. As., 1974; Sgubbi, Filippo, *Il reato come rischio sociale, Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bolonha, 1990; Sutherland, Edwin

H. – Cressey, Donald B., *Criminology*, New York, 1978; do mesmo, *White collar crime: The uncut version*, Yale University Press, 1983 (original, 1949); *Princípios de Criminologia*, São Paulo, 1949; Silva Sánchez, Jesús-Maria, A Expansão do Direito Penal, trad. L.O. O. Rocha, S. Paulo, 2002, ed. RT; Szilasi, Wilhelm, *¿Qué es la ciencia?*, México, 1970; Sykes, Gresham – Messinger, Sheldon, *Inmate social system*, em Radzinowicz L., Wolfgang, M.E. (org.), *Crime and Justice*, New York, p. 77 ss.; Thompson, Augusto, Quem são os Criminosos?, Rio, 1998, ed. L. Juris; Thuillier, P., *La manipulación de la ciencia*, Madri, 1975; Tönnies, Ferdinand, *Principios de Sociología*, México, 1942; do mesmo, *Comunidad y Sociedad*, Buenos Aires, 1947; Vansittart, Robert G., *Black Record: German Past and Present*, Londres, 1941; Vázquez Rossi, Jorge, *El derecho penal de la democracia*, Santa Fé, 1992; Vernengo, Roberto J., *Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?*, em *Doxa*, nº 3, 1986, p. 34 ss.; Vold, George B. – Bernard, Thomas J. – Snipes, Jeffrey B., *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1998; Weber, Max, *Ensayos de sociología contemporánea*, Barcelona, 1985; do mesmo, *El político y el científico*, México, 1994; Werneck Viana, Luiz *et alii*, Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, Rio, 1997, ed. Revan; Whitaker, Reg, *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*, Barcelona, 1999; Wolkmer, Antonio Carlos, Elementos para uma crítica do estado, Porto Alegre, 1990; do mesmo, Ideologia, Estado e Direito, S. Paulo, 2000, ed. RT; Wundt, Wilhelm, *Introducción a la filosofía*, trad. Eloy Luis André, Madri, 1911; Yánez Cortés, Roberto, *Teoría de las creencias (Esbozo de una lógica de la paradoja)*, Bs. As., 1988; Yates, Douglas, *Análisis de la burocracia*, Buenos Aires, 1985; Zaffaroni, E.R., *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, 1994; Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turim, 1992.

§ 1. Teoria do direito penal

I. Definição: direito penal e poder punitivo

1. O direito penal é um saber[1] que, como todos os demais, deve estabelecer seus limites (definir seu *horizonte de projeção*) de modo a permitir-lhe distinguir o universo de entes que abarca e, por conseguinte, o daqueles que ficam excluídos. Contudo, toda delimitação de um saber corresponde a uma certa intencionalidade, pois sempre que se procura saber persegue-se algum objetivo, o qual, pelo menos no caso das disciplinas jurídicas em geral e do direito penal em particular, não pode ser a mera curiosidade[2]. O objetivo ou intencionalidade do saber (o *para quê* concreto de cada saber) é o que lhe permite chegar ao conhecimento de alguns entes, mas numa certa perspectiva, isto é, ensaiar seu horizonte de compreensão (ou de explicação) de tais seres a partir dessa perspectiva particular[3].

2. O uso da expressão *direito penal* é equívoco: ela é empregada, com frequência, para designar parte do objeto do saber do direito penal, que é a lei penal. A imprecisão não é inócua, porquanto confunde *direito penal* (*discurso dos juristas*) com legislação penal (*ato do poder político*) e, por conseguinte, direito penal com poder punitivo, conceitos que urge distinguir nitidamente desde o princípio, como passo prévio para um adequado horizonte de projeção do primeiro[4]. A referência à intencionalidade dos seres humanos e, portanto, a suas devidas perspectivas limitadoras, não deve ser confundida com a própria negação do conhecimento racional e muito menos ainda com a realidade do mundo: nenhuma disciplina particular pode usurpar a função da ontologia ao pretender a apreensão dos entes como realidade em si. Tal pretensão conduz ao autoritarismo. Algo substancialmente diferente é aceitar que todo saber incorpora dados do mundo, mas que sempre os seleciona a partir de uma intencionalidade (um *para quê* saber?), o que não é a mesma coisa que inventá-los a seu bel-prazer.

3. É hoje quase unânime a delimitação do horizonte de projeção do direito penal centrada na explicação de complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo, caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as *penas*. Sustentou-se, no passado, que a denominação *direito penal* punha a punição em relevo por sobre a infração, enquanto a denominação *direito criminal* faria o contrário[5]. Mais tarde, sustentou-se que a antiga designação *direito criminal* seria preferível por abranger manifestações do poder punitivo excluídas do conceito de pena[6]. Sobre isso, cabe assinalar que as chamadas *medidas*, a despeito de todos os esforços desenvolvidos para diferenciá-las, não passam de uma classe particular de *penas*, com menores garantias e limites que as outras, ou, pelo menos, uma clara expressão do poder punitivo, motivo pelo qual não nos deteremos sobre elas no momento de delimitar o horizonte de projeção.

4 O horizonte de projeção do direito penal, abarcando as normas jurídicas que habilitam e limitam o exercício do poder coativo do estado em forma de pena (poder punitivo), seria o universo dentro do qual deve ser construído um sistema de compreensão que explique quais são as hipóteses e condições que permitem formular o requerimento punitivo (*teoria do delito*) e qual é a resposta que diante deste requerimento a agência (judicial) competente (*teoria da responsabilidade penal*) deve proporcionar. *Em síntese, o direito penal deve responder a três perguntas fundamentais: a) que é direito penal? (teoria do direito penal); b) sob quais pressupostos pode ser requerida a habilitação da pena? (teoria do delito); e c) como a agência judicial correspondente deve responder a este requerimento? (teoria da responsabilidade penal).*

5. Todo saber requer uma definição, prévia à delimitação de seu horizonte, que torne manifesta sua intencionalidade para permitir o controle de sua racionalidade. Essa tarefa é ineludível, em que pese ser toda definição odiosa porque limita e, por conseguinte, separa e, ao procurar explicar o universo abarcado, condiciona ao mesmo tempo um infinito campo de ignorância[7]. Trata-se de um

---

1 Sobre o estatuto epistemológico do direito e o valor relativo de suas múltiplas definicões, Ost, François – van de Kerchove, Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, pp. 52 e 137; sobre os objetos científicos em geral, Yáñez Cortés, Roberto, *Teoría de las creencias*; acerca do status científico do direito, Vernengo, Roberto J., em *Doxa*, 1986, pp. 34 ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, p. 11; opondo-se ao caráter de ciência, Russo, Eduardo Angel, *Teoría general del derecho*, p. 191; como discurso, Foucault, Michel, *El orden del discurso*, p. 11; Souza Santos, Boaventura, *O discurso e o poder*, p. 5; Legendre, Pierre, *El amor del censor*, Entelman, Ricardo; Ruíz, Alicia em *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 83 ss e 149 ss, respectivamente.

2 Malinowski, Bronislaw, *Magic, Science and Religion*, pp. 25 ss.

3 A partir dessa perspectiva, tampouco é ingênua a própria definição dos requisitos de uma *ciência*, como demonstra uma longa discussão jamais encerrada; cf. por exemplo Wundt, *Introducción*, pp. 35 ss. Em nosso campo, o valor do direito penal como ciência formal é questionado por Mantovani, Luciano Pettoello, *Il valore problemático*.

4 Sobre horizonte de projeção e de compreensão, Szilasi, Wilheim, *Que es la ciencia?*

5 Assim Pessina, *Elementi*, p. 5; *Santoro*, p. 1; sobre diferentes denominações, Bustos Ramírez, 1994, pp. 42 ss.

6 Cf. Schultz, I, p. 312; Beristain, Antonio, *Medidas penales*, p. 76 ss; criticamente, Batista, Nilo, Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Rio, 1990, ed. Revan, pp. 43 ss.

7 O conceito de ignorância adestrada é de Veblen; sobre isto, Merton, Robert, *Teoría y estructuras sociales*, p. 204.

inevitável limite estrutural do saber humano, para o qual convém advertir antes de ensaiar a definição de matéria tão vinculada ao poder como é o direito penal, pois sua intensidade é diretamente proporcional à intimidade que o poder tenha com o saber que se procura. Com esta advertência, que indica prudência, podemos completar o conceito, afirmando *ser o direito penal o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.*

II. Elementos da definição

1. **a)** Trata-se, de antemão, de um *ramo do saber jurídico ou dos juristas.* Como tal, vai em busca de um objetivo prático: procura o conhecimento para orientar as decisões judiciais[8]. **b)** Na forma republicana de governo, as decisões judiciais – que também são atos de governo – devem ser racionais, o que implica não serem elas contraditórias (embora a racionalidade não se esgote com esta condição). Daí decorre que seu objeto não se limite a oferecer orientações, mas também que deva fazê-lo em forma de *sistema.* **c)** O sistema orientador de decisões é construído segundo a *interpretação das leis penais*[9], que se distinguem das não-penais pela pena. O direito penal requer, pois, um conceito de pena que lhe permita delimitar seu universo. **d)** Este conceito de pena deve ter amplitude para abarcar tanto as penas lícitas quanto as ilícitas, porque de outro modo o direito penal não poderia distinguir o poder punitivo lícito (constitucional) daquele que não o é. Por isso, o direito penal *interpreta as leis penais sempre no marco das outras leis que as condicionam e limitam* (constitucionais, internacionais etc.). **e)** O sistema orientador que é proposto aos juízes deve ter por objeto *conter e reduzir* o poder punitivo. Não são os juízes que exercem o poder punitivo, mas sim as agências executivas, de acordo com o maior ou menor espaço que lhes concedam as agências políticas (legislativas) e que o poder jurídico (*judicial*) não lhes pode suprimir. O poder de que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução. *A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.*

[8] É um saber prático, cf. Cobo del Rosal -Vives Antón, p. 83.

[9] Cf. Gimbernat Ordeig, *Concepto y método*, p. 36.

2. Qualquer definição é uma delimitação e, portanto, um ato de poder. Sua correção não se verifica verdadeira ou falsa com a mera descrição daquilo que encerra em seu horizonte, pois ali resta apenas aquilo previamente colocado pelo poder exercido no mesmo ato de definir. Neste sentido, toda definição é tautológica. Um saber tão íntimo do poder – ao ponto de orientar seu exercício num de seus segmentos (judicial) – só pode verificar a correção de sua definição mediante a comprovação de sua correspondência com o objetivo político, e para isto deve torná-lo explícito na mesma. Sua exclusão da definição não o elimina do saber – que sempre o implica – mas sim se limita a dá-lo como pressuposto, e assim a mantê-lo oculto.

3. A contenção e redução do poder punitivo, planificadas pelo direito penal para uso judicial, *impulsionam o progresso do estado de direito.* Não há nenhum estado de direito *puro*; o estado de direito não passa de uma barreira a represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior[10]. Por isso, a função de contenção e redução do direito penal é um componente dialético indispensável à sua subsistência e progresso.

4. O *estado de direito* é concebido como o que *submete todos os habitantes à lei* e opõe-se ao *estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam.* O princípio do estado de direito é atacado, por um lado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica[11] e defendido, por outro, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito[12], é possível sustentar uma *posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados.*

5. O estado de direito contém os impulsos do estado de polícia que encerra à medida que resolve melhor os conflitos (provê maior paz social). *O poder punitivo não resolve os conflitos porque deixa uma parte (a vítima) fora de seu modelo.* No máximo pode aspirar a *suspendê-los*[13], deixando que o tempo os *dissolva*, o que está muito longe de ser uma solução: a suspensão fixa o conflito

[10] Cf. Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, pp. 325 ss.

[11] Poulantzas, N., pp. 43 a 79; Wolkmer, Antonio Carlos, *Elementos para uma crítica do estado*, p. 24 ss; sobre as transformações do estado, Crossman, R.H.S., *Biografía del estado moderno*.

[12] Cf. Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I, p. 73; Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, p. 20 ss.

[13] Sobre o conceito de "suspensão" do conflito, Christie, Nils, *Abolire le pene?*

(petrifica-o) e a dinâmica social, que segue seu curso, causa-lhe erosão até dissolvê-lo. Um número exagerado de formações pétreas colocado no caminho da dinâmica social tem o efeito de alterar seu curso e gerar perigosas represas. *O volume de conflitos suspensos por um estado será o indicador de sua vocação de provedor de paz social e, por conseguinte, de sua força como estado de direito.*

6. Todo saber se manifesta como um processo no tempo[14]. A definição atual de seu sentido e de seu horizonte de projeção é sempre precedida por outras. Seus horizontes mudam em função de revoluções epistemológicas e mudanças de paradigmas científicos[15]. Uma ciência que considere seu horizonte marcado para sempre estará morta. Tais horizontes são construídos sobre os restos de seus precedentes, como os corais. Por isso, *em todos os saberes é necessário distinguir entre sua definição atual e seu conceito histórico* e, em nosso caso, é indispensável estabelecer a diferença entre: **a)** o *direito penal histórico*, como processo de conhecimento do saber referido ao poder punitivo, com seus diversos e sucessivos horizontes e objetivos políticos, e **b)** a *definição do direito penal atual*, como seu momento contemporâneo e sua proposta de futuro imediato. Cabe precisar que não se trata de dois conceitos opostos, mas de *duas visões temporais de um mesmo processo de conhecimento*: uma longitudinal e outra transversal. Por isso, não é possível invalidar uma definição atual esgrimindo o argumento que deixa fora de seu horizonte entes que outrora foram abarcados por outros universos conceituais, porque isso faz parte da essência do saber humano e, com maiores razões, do saber jurídico, onde a teoria do garantismo responde à ideia do direito como processo histórico conflitivo[16]. A *progressividade* também é da essência de qualquer saber (tende a acumular conhecimentos, a aumentá-los). As *regressões* (retornos a etapas superadas) são acidentes negativos em seu curso, daqueles contra os quais convém prevenir-se, *incorporando a análise de seu conceito histórico*. Isto é notório no direito penal, pois, com maior frequência que em outras disciplinas, aparecem, como descobertas, verdadeiras regressões: costumam ser festejadas quais novidades teóricas proposições correspondentes a etapas de menor conhecimento, ignorando-se a acumulação de saber posterior a elas.

[14] Sobre o contexto ideológico e social de todo saber, Thuillier, P., *La manipulación de la ciencia*, pp. 36 ss.

[15] Acerca da noção de "paradigma", Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, p. 268 ss.

[16] Resta, Eligio, em *Le ragioni del garantismo*, p. 435; Guastini, Riccardo, *Che cos' è il garantismo?*, pp. 63 ss.; a mais densa discussão sobre garantismo em Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*.

§ 2. O PODER PUNITIVO

I. Criminalização primária e secundária

1. Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o chamado *sistema penal*[17]. A referência aos entes gestores da criminalização como *agências* tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos (tais como corporações, burocracias, instituições etc.). *Agência* (do latim *agens*, particípio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de *entes ativos* (que atuam). O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, *primária e secundária*[18]. *Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser* cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, *a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).

2. A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em*

[17] Aniyar de Castro, Lola, *El proceso de criminalización*, pp. 69 ss.; Baratta, Alessandro, *Criminología y dogmática penal*, p. 26 ss.

[18] Schneider, *Kriminologie*, p. 82 ss.; Becker, *Outsiders*.

parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma *cifra oculta*[19]. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal *leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário.*

II. A orientação seletiva da criminalização secundária

1. Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária[20]. Embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. *A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados.* Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia[21] e procedem à seleção. Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais[22].

2. De qualquer maneira, as agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade neste sentido é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas etc. A seleção secundária provém de circunstâncias conjunturais variáveis. A empresa criminalizante é sempre orientada pelos *empresários morais*[23], que participam das duas etapas de criminalização; sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam. Em razão da escassíssima capacidade operacional das agências executivas, *a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção,* motivo por que os empresários morais sempre dispõem de material para seus empreendimentos. O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades[24], mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc. Em qualquer um dos casos, *a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado*[25]. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa.

3. A seleção criminalizante secundária não apenas se orienta pelo poder de outras agências como também se exerce condicionada a suas limitações operativas, inclusive qualitativamente: em alguma medida, toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual[26], finalizando

---

[19] Sobre cifra oculta, cf. Arzt, em Roxin, Claus – Arzt, Günther – Tiedemann, Klaus, *Introducción*, p. 123; Cerqueira, Carlos Magno Nazareth, O Futuro de uma Ilusão: o Sonho de uma Nova Polícia, Rio, 2001, ed. F. Bastos, p. 220.

[20] Sobre seletividade, Chapman, *Lo stereotipo del criminale*, p. 61; Sack, Fritz, em *Kritische Justiz*, 1971, p. 384 ss.; Quinney, Richard, *Clases, estado y delincuencia*; Rüther, Werner, em CPC, nº 8, 1979. Um reconhecimento geral em Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal*, pp. 29 ss; Vázquez Rossi, *El derecho penal de la democracia*, p. 89; Fernández, Gonzalo, *Derecho penal y derechos humanos*, pp. 63 ss.; Muñoz Conde, Francisco – García Arán, Mercedes, p. 206; Zugaldía Espinar, p. 62. Estudos sobre seletividade racial no *sentencing* inglês contra afrocaribenhos, Hood, Roger, *Race and Sentencing*, 1992; a mesma seletividade em condenações à morte nos Estados Unidos, Gross, Samuel R.- Mauro, Robert, 1989; para seletividade de gênero, Chadwick and Little Catherine, em *Law, order and the authoritarian state*, p. 254; especialmente sobre *justiça classista* com análises empíricas, Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, pp. 94 ss.

[21] Cf. Weber, Max, *Ensayos*, I, p. 217; Yates, Douglas, *Análisis*; Misses, Ludwig von, *Burocrazia*.

[22] Uma descrição dos problemas básicos em Miralles, Teresa, *El control formal: policía y justicia*, pp. 37 ss.

[23] Cf. Becker, loc. cit.

[24] Malinowski, Bronislaw, *Crimen y costumbre*.

[25] É famoso "teorema de Thomas"; sobre isso, Merton, Robert, *op. cit.*, p. 419; De Leo, Gaetano – Patrizi, Patrizia, *La spiegazione del crimine*, p. 27; sobre Thomas, Ritzer, George, *Teoría sociológica contemporánea*, p. 62 ss. Sobre "gestores atípicos da moral", cf. Silva Sánchez, Jesús-Maria, A Expansão do Direito Penal, trad. L.O. O. Rocha, S. Paulo, 2002, ed. RT, pp. 62 ss.

[26] Merton, *op. cit.*, pp. 202 ss.

geralmente por fazer o mais simples. A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: **a)** por fatos burdos ou grosseiros (a *obra tosca da criminalidade*, cuja detecção é mais fácil), e **b)** de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas *perante a lei* mas também *na lei*. O princípio constitucional da isonomia (art. 5° CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela[27].

III. Seletividade e vulnerabilidade

1. Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinquentes*. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo*[28] no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas*, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*[29], o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinquente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias)*[30], que o biologismo criminológico[31] considerou causas do delito quando, na realidade, eram *causas da criminalização*, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado *efeito* reprodutor da criminalização ou desvio secundário[32]).

2. A seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo

[27] Lewisch, Peter, *Verfassung und Strafrecht*, p. 162.

[28] Cf. Chapman, Denis, *Lo stereotipo del criminale*.

[29] Por todos, MacIver, R.M. – Page, Charles H., *Sociologia*, pp. 426 a 435.

[30] Cf. *infra*, § 22. É interessante observar os rostos do "Atlante" de Lombroso; as obras de Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*, e Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati*; antes, os fisiognomonistas, Lavater, *La physiognomonie*; já os pós-glosadores recomendavam, perante muitos suspeitos, começar a tortura pelo mais disforme (Muylart de Vouglans, *Instruction criminelle)*.

[31] Lombroso e outros. Cf. *infra*, § 22.

[32] Cf. Lemert, Edwin M., p. 87; bem próximo, Matza, David, *El proceso de desviación*; Picht, Tamar, *Teoría de la desviación social*.

se torna inoperante para qualquer outra clientela, motivo pelo qual: **a)** é impotente perante os delitos do poder econômico (os chamados crimes "do colarinho branco")[33]; **b)** também o é, de modo mais dramático, diante de conflitos muito graves e não-convencionais, como o uso de meios letais massivos contra população indiscriminada, usualmente chamado *terrorismo*; e **c)** torna-se desconcertado nos casos excepcionais em que há seleção de alguém que não se encaixa nesse quadro (as agências políticas e de comunicação pressionam, os advogados formulam questionamentos aos quais não sabe responder, destinam-se-lhes alojamentos diferenciados nas prisões etc.). Em casos extremos, os próprios clientes não-convencionais contribuem para a manutenção das agências, particularmente das cadeias, com o que o sistema atinge sua maior contradição.

3. A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a *prisonização* – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves ("delitos naturais") tais como homicídios, estupros etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisonizados o são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a *obra tosca da criminalidade*)[34].

4. A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* porque: **a)** suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; **b)** sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e **c)** porque a etiquetagem[35] suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza)[36]. Em suma, *as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.*

[33] Sutherland, *White collar crime*; Giddens, *Sociologia*, pp. 266 ss.

[34] O paralelo entre prisão e pobreza não é novo, sendo assinalado no século XVI por Sandoval, Bernardino de, *Tractado*, p. 9.

[35] Sobre etiquetagem ou rotulação, Lilly-Cullen-Ball, *Criminological Theory*, pp. 110 ss.; Vold-Bernard-Snipes, *Theoretical criminology*, pp. 219 ss.; Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, pp. 37 ss.; Lamnek, Siegfried, *Teorías*, pp. 56 ss.; Giddens, *Sociologia*, p. 237; Goffman, Erving, Estigma, trad. M.B.M. Leite Nunes, Rio, 1975, ed. Zahar; Thompson, Augusto, Quem são os Criminosos?, Rio, 1998, ed. L. Juris.

[36] Cf. Merton, Robert K., *op. cit.*, cap. 11; Horton, Paul B. – Hunt, Chester L., p.176.

5. Na sociedade há um *adestramento diferencial*[37], de acordo com o grupo de pertencimento, o qual desenvolve habilidades diferentes, segundo a respectiva camada e posição social (classe, profissão, nacionalidade, origem étnica, local de moradia, escolaridade etc.). Quando uma pessoa comete um delito, ela utiliza os recursos que o adestramento ao qual foi submetida lhe proporciona. Quando estes recursos são elementares ou primitivos, o delito só pode ser, no mínimo, grosseiro (*obra tosca*). O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e *mostra as obras toscas como os únicos delitos*[38]. *Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento*[39].

6. As agências de criminalização secundária não operam seletivamente sobre os vulneráveis porque alguma coisa ou alguém maneja todo o sistema penal de modo harmônico. Esta *concepção conspiratória* é falaciosa e tranquilizadora, porque identifica sempre um falso inimigo e desemboca na criação de um novo *bode expiatório* (classe, setor hegemônico, partido oficial, grupo econômico, quando não grupos religiosos ou étnicos). Identificar um falso inimigo é sempre útil para atenuar a ansiedade provocada pela complexidade fenomênica e desviar do caminho certo os esforços para remediar os males. Isto não significa que o funcionamento seletivo do sistema penal não sirva para uma desigual distribuição do poder punitivo que beneficia determinados setores sociais, que deles se aproveitam e em razão disso resistem a qualquer mudança, mas *não é a mesma coisa dizer que um aparato de poder beneficia alguns e pretender por tal razão que estes o organizem e o manejem. Tal erro leva-nos a concluir que, suprimindo os beneficiários, o aparato se desmonta, o que a*

[37] Sutherland-Cressey, *Criminology*, pp. 219 -223 (Sutherland, *Princípios*, pp. 13 ss).

[38] Sobre realidade socialmente construída, Berger-Luckman, *La construcción social de la realidad*; Schutz, Alfred, *El problema de la realidad social*; Gusfield, John, *The culture of public problems*; Pitch, Tamar, em *Int. Journal Sociology of Law*, 1985, pp. 35 ss.

[39] Há muito se observou tal seletividade; adiantando conceitos de Sutherland, Ferriani, Lino, t. II, pp. 77 e 107.

história demonstra ser absolutamente falso: o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violenta e seletivamente ainda[40]. Longe de atuar como um todo harmônico (como a concepção conspiratória sugeriria), o sistema penal o faz de modo parcelado e compartimentalizado, no qual cada agência tem seus próprios interesses setoriais e às vezes corporativos e, por conseguinte, seus próprios critérios de qualidade, seus discursos externos e internos, seus mecanismos de recrutamento e treinamento etc. Estas agências disputam poder e, portanto, há entre elas um *equilíbrio inconstante*, caracterizado mais por antagonismos do que por relações de cooperação. O esforço de todas elas provoca o equilíbrio precário que é percebido exteriormente como uma harmonia e, em consequência, estimula a concepção conspiratória.

7. O poder punitivo criminaliza selecionando: **a)** as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme ao estereótipo*); **b)** com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); **c)** alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devida à falta de cobertura*).

8. O sistema penal opera, pois, em forma de filtro[41] para acabar selecionando tais pessoas. Cada uma delas se acha em um certo *estado de vulnerabilidade*[42] *ao poder punitivo* que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal: o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor. No entanto, ninguém é atingido pelo poder punitivo por causa desse estado, mas sim pela *situação de vulnerabilidade*, que é a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. Em geral, já que a seleção dominante corresponde a estereótipos, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadrar em um estereótipo,

[40] Foucault, Michel, *Microfísica*.

[41] A propósito, Pilgram, Arno, *Kriminalität*.

[42] A etimologia de *vulnerabilidade* pode ser reconstruída a partir do indo-europeu *weld-nes* (*weld* significa ferir; em latim *vulnus*, ferida), revelando a condição de *ferível*.

deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo. Daí o fato de que, em tais casos pouco frequentes, seja adequado referir-se a uma *criminalização por comportamento grotesco ou trágico*. Os raríssimos casos de *falta de cobertura* servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (*self made man*), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário.

9. Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada *administrativização do direito penal*, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes[43]. Nesta modalidade, o poder punitivo é distribuído mais por acaso do que nas áreas tradicionais dos delitos contra a propriedade, tendo em vista que a situação de vulnerabilidade ante o mesmo depende do mero fato de participar de empreendimentos lícitos[44]. Há suspeitas de que recentes teorizações do direito penal sejam orientadas para explicar tal modalidade em detrimento do direito penal tradicional.

10. Quando as seleções criminalizantes de diversos sistemas penais são comparadas, observam-se diferentes graus e modalidades das mesmas. A seletividade é mais acentuada em sociedades estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade vertical, o que coincide com a atuação mais violenta das agências de criminalização secundária. Entretanto, a mesma coisa também se observa em outras sociedades que, embora não correspondam a essa caracterização, internalizam arraigados preconceitos raciais[45] ou os desenvolvem a partir de um fenômeno imigratório[46].

[43] Cf. Hassemer, Winfried – Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad*, p. 53; bem como trabalhos compilados em Romeo Casabona, C. (org.) *La insostenible situación del derecho penal*.

[44] Cf. Sgubbi, Filippo, *Il reato come rischio sociale*, p. 7.

[45] Sobre se o capitalismo conduz ao Holocausto ou se o caso alemão respondeu a uma especial disposição aos preconceitos racistas, há um amplo debate: a primeira tese em Otten, Karl, *Masses, Elites and Dictatorship*; Christie, Nils, *La industria del control del delito*; a segunda, em Vansittart, Robert G., *Black Record*; em geral sobre o debate, Burleigh, Michael – Wippermann, Wolfgang, *Lo Stato Razziale*; projetando o debate no capitalismo tardio, Bauman, Zygmunt, Modernidade e Holocausto, trad. M. Penchel, Rio, 1998, ed. Zahar.

[46] Dal Lago, Alessandro, *Non persone*.

De qualquer maneira, *a seletividade é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato*, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes. Por isso, *a criminalização corresponde apenas supletivamente à gravidade do delito* (conteúdo injusto do fato): esta só é determinante quando, por configurar um fato grotesco, eleva a vulnerabilidade do candidato. Em síntese: *a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recai sobre fracassadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo.*

IV. O poder das agências de criminalização secundária

1. A seletividade estrutural da criminalização secundária confere especial destaque às agências policiais (sempre tensamente condicionadas àquelas políticas e de comunicação)[47]. As agências judiciais limitam-se a resolver os poucos casos selecionados pelas policiais e, finalmente, as penitenciárias recolhem algumas pessoas entre as selecionadas pelo poder das agências anteriores. Isto demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, *a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida.* Embora os juristas possam elaborar discursos legitimantes deste processo seletivo – e de fato o fazem – o poder exercido por eles mesmos (o propriamente jurídico) é o dos juízes, advogados, promotores, funcionários e auxiliares, posto em prática na agência judicial ou requisitado para seu funcionamento. O resto do poder de criminalização secundária fica fora do alcance de suas mãos e é puro exercício seletivo, mais ou menos arbitrário e estruturalmente inevitável.

2. Se o poder propriamente jurídico é tão limitado dentro do quadro geral da criminalização secundária, e se o poder seletivo das agências policiais, embora superior, atinge um número muito reduzido de pessoas, quase todas vulneráveis e protagonistas de obras toscas – próprias de seu baixo nível de educação social –, caberia concluir que, em geral, o poder das agências do sistema penal

[47] Cf. Lautman, Rüdiger, *Die Polizei*.

é pouco significativo no quadro completo do controle social. A conclusão é correta: *o poder criminalizante secundário é bastante escasso como* poder *de controle social*. O número de pessoas criminalizadas é muito pequeno em relação à totalidade de qualquer população, inclusive no caso dos índices mais elevados, e o da população encarcerada é comparativamente ínfimo. Se todo o poder das agências do sistema penal se reduzisse à criminalização secundária, seria francamente insignificante. Um poder limitado à seleção de uma pessoa fraca e abandonada, entre cada mil ou mil e quinhentas, não seria realmente determinante em termos de configuração social. Ocorre que, na verdade, *a criminalização secundária é quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas*: a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções, o registro das pessoas identificadas e detidas, a vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos, de espaços abertos, o registro da informação recolhida durante a tarefa de vigilância, o controle alfandegário, o fiscal, o migratório, o veicular, a expedição de documentação pessoal, a investigação da vida privada das pessoas, os dados pessoais recolhidos no decorrer de investigações distintas, a informação sobre contas bancárias, patrimônio, conversas privadas, comunicações telefônicas, telegráficas, postais, eletrônicas etc. – tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização –, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e enormemente mais significativo que o da reduzida criminalização secundária[48]. Sem dúvida, *este poder configurador positivo é o verdadeiro poder político do sistema penal.* O que interessa politicamente são as formas capilarizadas e invasivas pelas quais as agências policiais exercem seu poder, e não, por certo, a prevenção e o castigo do delito[49].

3. Cabe esclarecer que o referido poder configurador positivo do sistema penal é exercido pelas agências policiais em sentido amplo, ou seja, por *funcionários do poder executivo em função policial e, de modo algum, restrito às polícias militar e civil*. Por outro lado, em quase toda sua extensão *é um poder legal*, ou seja, conferido de maneira formal através de leis das agências políticas. Não é possível, porém, omitir que todas as agências executivas exercem um poder punitivo paralelo, independentemente das linhas institucionais programadas e que, conforme o próprio discurso do programa de criminalização

[48] A vigilância policial na era da informatização em Whitaker, Reg, *El fin de la privacidad*.
[49] Cf. Foucault, Michel, *Bisogna difendere la società*, p. 36.

primária, seria definido como ilegal ou delituoso. *Este conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal é mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofram da parte de outras agências. Ele é conhecido pelo nome genérico de sistema penal subterrâneo*. Quanto maior é seu volume, menos desconhecido ele é para os operadores das outras agências e, por conseguinte, o sistema penal subterrâneo, posto em movimento por alguns funcionários das agências executivas, conta com a participação ativa ou omissiva dos operadores das demais agências: isto significa que, em termos jurídico-penais, *ante um sistema penal subterrâneo de considerável extensão, todos os operadores de agências do sistema penal incorrem, de algum modo, em definições abarcadas formalmente na criminalização primária, inclusive os próprios autores das definições, conforme o critério de atribuição que se adote.*

V. Seleção vitimizante

1. Assim como a seleção criminalizante resulta da dinâmica de poder das agências, também a vitimização é um processo seletivo que corresponde à mesma fonte e reconhece uma etapa primária. Na sociedade há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrário sobre outras, seja de forma brutal e violenta, seja de forma sutil e encoberta. Enquanto esse poder for percebido como *normal* não haverá *vitimização primária* (não existe nenhum ato formal das agências políticas que confiram o *status* de vítima ao subjugado). Quando a percepção pública de tal poder passe a considerá-lo *anormal* (desnormatiza-se a situação), urge o reconhecimento dos direitos do subjugado e redefine-se a situação como *conflitiva*. As agências políticas podem resolver tais conflitos mediante a habilitação de uma coação estatal que impeça o exercício desse poder arbitrário (coerção administrativa direta) ou que obrigue quem o exerça a uma reparação ou restituição (coerção reparadora civil). Mas quando as agências políticas – por qualquer motivo – não podem dispor de medidas que resolvam o conflito, elas se valem da *renormatização* da situação conflitiva: esta não se resolve, mas se *renormatiza* por meio da formalização de um ato programático declarativo de *criminalização primária* do comportamento de quem exerce aquele poder e, ao mesmo tempo, de um ato de *vitimização primária*, que reconheça o *status* de vítima ao subjugado. Deste modo são tranquilizadas as pessoas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos lesionados em meio a essas situações conflitivas, cujos explicáveis impulsos vindicativos passam a ser canalizáveis para a realimentação do sistema penal, estimulando-se que a opinião pública se identifique com eles, e procurando que todos aqueles que suportam ofensas análogas se satisfaçam com o reconhecimento de seu novo *status* (vítimas). Desta ma-

neira, a situação *desnormatizada se renormatiza* (sai do centro da atenção pública). A urgência em normatizar acelera a essência competitiva das agências políticas: o recurso à vitimização primária é um dos principais métodos para obter prestígio e clientela dentro dessas agências, sendo empregado com frequência proporcional à reafirmação do *mito de que renormatizar é resolver*.

2. A *seleção vitimizante secundária* (ou seja, *as pessoas que, na realidade, são vítimas de fatos criminalizados primariamente*) também se propaga como uma epidemia, segundo tenham os candidatos poucas ou muitas possibilidades de sofrê-la; ou seja, existe uma paralela *distribuição seletiva da vitimização secundária de acordo com a vulnerabilidade ao delito*. Também aqui são as classes subalternas as mais vulneráveis[50]. A chamada *privatização da justiça* (ora entendida como privatização dos serviços de segurança) aumenta essas distâncias, pois as classes hegemônicas têm a possibilidade de pagar seus próprios serviços e, por conseguinte, de diminuir seus riscos de vitimização. Os próprios serviços de segurança pública, ante a maior capacidade de reivindicação comunicacional dessas classes, tende a centrar a vigilância nas zonas de altíssima rentabilidade das cidades onde, por outro lado, é mais fácil detectar a presença daqueles que carregam os estigmas do estereótipo. Neste campo, a regra parece ser que o risco vitimizante se distribui na razão inversa do poder social das pessoas: *as agências outorgam maior segurança a quem detém maior poder*.

3. Em grandes concentrações urbanas, ocorrem situações extremas, nas quais as agências policiais se retiram das zonas mais pobres, onde por vezes personagens locais estabelecem, muitas vezes pela aterrorização de seus habitantes, uma *ordem* privada que garante os aportes de modestas atividades ilícitas (pagamentos por segurança de comerciantes, comércio local de drogas ilícitas etc.). Frequentemente tais personagens exercem atividades complementares à atuação *subterrânea* delituosa das agências policiais (execuções de pequenos ladrões locais), contando com variável nível de encobrimento e conivência por parte delas. Tal *polarização da segurança* cria uma *estratificação social da vulnerabilidade vitimizante*, cujo efeito é deixar mais expostas as zonas urbanas com menor rentabilidade. A classe média em seus estratos inferiores, os

50 Por todos, Bustos Ramírez, *Victimologia*, p. 51. Os estudos sobre a vítima se desenvolveram recentemente no Brasil, citando-se exemplificativamente Kosovski, Ester – Piedade Júnior, Heitor – Mayr, Eduardo (orgs.) Vitimologia em Debate, Rio, 1990, ed. Forense (v.I), Rio, 1997, ed. L.Juris (v. II); Kosovski, Ester – Séguin, Élida (orgs.) Temas de Vitimologia, Rio, 2000, ed. L. Juris; Kosovski, Ester – Piedade Júnior, Heitor (orgs.) Temas de Vitimologia II, Rio, 2001, ed. L. Juris; Schmidt de Oliveira, Ana Sofia, A Vítima e o Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Fascículos de Ciências Penais, P. Alegre, 1992, ed. Fabris, v. 5, n° 4; AA.VV. Vitimologia – Enfoque Interdisciplinar, Rio, 1993, ed. SBV/UERJ.

trabalhadores manuais e desocupados forçados, e particularmente as crianças, os velhos e as mulheres destes setores são mais vulneráveis à vitimização. Uma dinâmica social que detém e reverte o desenvolvimento humano, que polariza riqueza e expele da classe média amplos segmentos da população, produz automaticamente mais candidatos à criminalização e à vitimização. Este fenômeno provoca um efeito político perigoso para qualquer estado de direito: as classes mais desfavorecidas são mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais. Não é de se estranhar o grande número de adeptos da pena de morte que se encontram nesses segmentos sociais, o que não se vincula nem à menor escolaridade nem a qualquer outra razão preconceituosa, mas à vivência cotidiana da vitimização incrementada pela prédica vindicativa dos operadores de agências do sistema penal. Quando tal prédica induz o direcionamento das justas insatisfações desses estratos sociais para as infecundas intervenções do sistema penal, criam-se condições para a discriminação de certos grupos humanos, então identificados como responsáveis por todos os seus males (*bodes expiatórios*)[51].

4. A vulnerabilidade à vitimização não é só de *classe*, como também *de sexo, etária, racial e preconceituosa*. **a)** As mulheres são criminalizadas em menor número que os homens, porém são vitimizadas em medida igual e superior. Em geral, a distribuição da seleção criminalizante as beneficia, mas a seleção vitimizante as prejudica. **b)** Os homens jovens são os preferidos para a criminalização, mas a vitimização violenta é distribuída entre eles, os adolescentes, as crianças e os velhos; os dois primeiros grupos por causa de sua maior exposição a situações de risco, e os dois últimos devido à sua indefensão física. **c)** Os grupos migrantes latino-americanos são, em geral, *indocumentados* (imigrantes ilegais), condição à qual costuma somar-se a de *precaristas* (ocupantes a título precário de prédios alheios), resultando uma situação de ilegalidade que os priva de acesso à justiça. São particularmente vulneráveis à criminalização e à vitimização, no último caso por sua incapacidade de denunciar os delitos praticados contra eles e à necessidade de trabalhar sob regime de servidão. **d)** A marginalidade e a repressão à qual são submetidas as prostitutas, seus clientes, as minorias sexuais, os dependentes de drogas (incluindo, naturalmente, os alcoólicos), os doentes mentais, os meninos de rua, os velhos sem família, e ainda a incúria generalizada das agências executivas em relação à sua segurança (fenômeno que se racionaliza como *desvaloração da vítima*), aumentam enormemente seu risco de vitimização. **e)** Nos delitos não-violentos contra a propriedade, o pequeno poupador é aquele que sempre leva a pior quanto aos riscos de

51 Cf. Girard, René, *El chivo expiatorio*; sobre preconceitos contra judeus e negros, Bettelheim, Bruno – Janowitz, Morris, *Cambio social*.

vitimização, pois carece dos recursos técnicos e jurídicos e das informações de que dispõem os operadores de capitais de maior vulto.

VI. Seleção policizante

1. Chamamos de *policização* o processo de *seleção, treinamento e condicionamento institucional ao qual se submetem os operadores das agências policiais*. As agências policiais latino-americanas, nos setores aos quais incumbe a pior parte do controle a seus cuidados, recrutam seus operadores nas mesmas camadas sociais com maior incidência das seleções criminalizante e vitimizante. Tornou-se uma tradição serem vultosos os orçamentos dessas agências, embora se descuidem elas da parte referente a salários e a custos operacionais de nível mais modesto, como corolário de suas organizações corporativistas, verticalizadas e autoritárias, dentro das quais se impõem as decisões de cúpula e se proíbe qualquer discussão interna razoável sobre a distribuição de recursos. O resultado é que esses gastos devem ser saldados com arrecadações ilícitas que os operadores devem efetuar. Em parte, os benefícios do chamado sistema penal subterrâneo se destinam a suprir o orçamento estatal, chegando-se ao paradoxo de que a agência de prevenção do delito se financia através da prática de alguns delitos. *Isto gera uma deterioração ética e de auto-estima, além de uma péssima imagem* que nunca é transferida para os responsáveis pela sustentação das estruturas institucionais determinantes desses comportamentos.

2. O operador da agência policial deve apresentar um discurso duplo, que é conservador e moralista para o público e justificador (racionalizador) internamente. Este último discurso (interno) incorpora componentes de desvaloração das vítimas, a partir de sua etnia, classe social e mesmo de preconceitos em grande parte conflitivos quanto aos próprios grupos sociais dos quais proveio o operador policial. Quanto a este efeito, submete-se o operador a uma disciplina militarizada, proíbe-se-lhe sindicalizar-se (com isso lhe é vedada a possibilidade de desenvolver horizontalmente uma consciência profissional), sua estabilidade no trabalho é sempre precária (transferências frequentes), seu treinamento é deficiente, destinam-se-lhe tarefas de repressão vinculadas aos interesses políticos de ocasião e, além do mais, *ele corre maiores riscos que os demais operadores de outras agências que exercem o poder punitivo*. Assim como há um estereótipo criminal, há também um estereótipo policial. São-lhe associados estigmas, tais como o de pouco confiável, desonesto, bruto, simulador, hipócrita e inculto. *O estereótipo policial acha-se tão carregado de racismo, preconceitos de classe social e outros tão deploráveis quanto aqueles que compõem o estereótipo criminal*. Isto acarreta para a pessoa um considerável grau de

isolamento no que concerne a seus grupos originários de pertencimento, bem como o desprezo das classes médias, que mantêm a seu respeito uma posição completamente dúbia. As exigências quanto ao papel policial se originam em um imaginário alimentado grandemente pela difusão de entretenimentos (filmes ou seriados de ficção) aos quais não pode a realidade adequar-se nem seria conveniente que tentasse fazê-lo, e o contraste com o comportamento concreto provoca frustração e repúdio que se associam aos estigmas estereotípicos.

3. Em suma, este setor se vê instigado a assumir atitudes antipáticas e inclusive a ter condutas ilícitas, a sofrer isolamento e desprezo, a sobrecarregar-se de um estereótipo estigmatizante, a submeter-se a uma ordem militarizada e inumana, a passar por uma grave instabilidade no trabalho, a privar-se dos direitos trabalhistas elementares, a correr consideráveis riscos de vida, a incumbir-se da parte mais desacreditada e perigosa do exercício do poder punitivo, a expor-se às primeiras críticas, a ser impedido de criticar outras agências (sobretudo as políticas) e, eventualmente, a correr maiores riscos de criminalização que todos os demais operadores do sistema. Embora convenha descartar uma vez mais qualquer tentativa de explicação conspiratória, há poucas dúvidas acerca de que também *a policização é um processo de assimilação institucional violador dos direitos humanos e tão seletivo quanto a criminalização e a vitimização*, que recai preferentemente sobre homens jovens das camadas pobres da população, vulneráveis a tal seletividade na razão direta dos índices de desemprego[52].

VII. A imagem bélica e sua função política

1. A civilização industrial implica uma inquestionável cultura bélica e violenta. É inevitável que, apesar de não ser formulada hoje em termos doutrinários nem teóricos, a comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal tratem de projetar o exercício do poder punitivo

52 López Garrido, Diego, *El aparato policial en España;* Gabaldón, Luis, G., *El desempeño de la policía y los tribunales dentro del sistema de justicia penal*, pp. 147-168; Barker, Thomas – Roebuck, Julian, *An Empirical Typology of Police Corruption*, Springfield, 1973, ed. Ch. Thomas; Mingardi, Guaracy, Tiras, Gansos e Trutas, S. Paulo, 1992, ed. Scritta; Kant de Lima, Roberto, A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro, Rio, 1995, ed. Forense; AA. VV. A Instituição Policial, em Rev. OAB-RJ, Rio, 1985, ed. OAB-RJ, n° 22; AA.VV., A Polícia na Corte e no Distrito Federal (1831-1930), A Polícia e a Força Policial no Rio de Janeiro e A Guarda Municipal no Rio de Janeiro (1831-1918), nos volumes 3,4 e 5 da série Estudos PUC/RJ, Rio, mimeo; Holloway, Thomas H., Polícia no Rio de Janeiro, trad. F.C. Azevedo, Rio, 1997, ed. FGV; Bretas, Marcos Luiz, A Guerra das Ruas, Rio, 1997, ed. Arq. Nac.; Neder Gizlene, Discurso Jurídico e Ordem Burguesa, P. Alegre, 1995, ed. Fabris; Dornelles, João Ricardo Wanderley, Conflitos e Segurança, Rio, 2002, ed. L .Juris.

como uma *guerra à criminalidade e aos criminosos*[53]. A imprensa costuma mostrar *inimigos* mortos (execuções sem processo) e também *soldados* caídos (policiais vitimados). O risco de morte policial na região latino-americana é altíssimo em comparação com os Estados Unidos e ainda mais com a Europa. Entretanto, isso costuma ser exibido como signo de eficácia preventiva. Por outro lado, as agências policiais descuidam da integridade de seus operadores mas, em caso de vitimização, providenciam um estrito ritual funerário de tipo militar[54]. Se considerarmos que *os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores,* cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis[55], induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.

2. Em décadas passadas difundiu-se outra perspectiva bélica, conhecida como *segurança nacional*[56], que compartilha seu caráter de *ideologia de guerra permanente* (inimigo disperso que aplica pequenos golpes) com a concepção bélica do poder punitivo hoje difundida pela imprensa. Por isso seria uma *guerra suja*, em contraposição a um idealizado modelo de *guerra limpa*, que seria oferecido pela I Guerra Mundial (1914-1918), curiosamente assimilável ao culto do heroísmo guerreiro dos autoritarismos que vicejaram antes da II Guerra Mundial[57]. Tendo em vista que o inimigo não joga limpo, o estado não estaria obrigado a respeitar as leis da guerra. Com este argumento se adestraram forças terroristas que nem sempre permaneceram fiéis a seus treinadores[58]. Com este argumento tomou-se por guerra o que não passava de criminalidade política. Com este argumento os tratados de Genebra não foram aplicados e instalou-se o terrorismo de estado, que vitimizou setores progressistas de algumas sociedades, tantas vezes por meros delitos de opinião ou mesmo de convicção política. Na guerra contra a criminalidade não seria necessário respeitar as garantias penais e processuais por razões semelhantes. *Assim como a "subversão" habilitava o terrorismo de estado, o delito habilitaria o crime de estado.* A subversão permitia que o estado fosse terrorista e o delito permite que o estado seja criminoso: em ambos os casos, a imagem ética do estado sofre uma enorme degradação e, consequentemente, perde toda legitimidade.

53 Batista, Nilo, Política criminal com derramamento de sangue; Martínez, Mauricio, pp. 26 ss.; Evans, Rod L. - Berent, Irwin M., *Drug Legalization.*

54 Cf. IIDH, *Muertes anunciadas*, pp. 114 e 132.

55 Chapman, *op. cit.*, p. 255; estudos empíricos em Baratta, Alessandro, *Criminologia y dogmática penal*, pp. 34 ss.

56 Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire*; Equipe Seladoc, *Iglesia y seguridad nacional.*

57 Cf. Mosse, George L., *L'immagine dell'uomo*, pp. 205 ss.

58 Hagan, Frank E., *Political Crime.*

3. A chamada *ideologia da segurança nacional* passou para a história como resultado das mudanças no poder mundial, e está sendo substituída por um discurso público de *segurança cidadã* como ideologia (não como problema real, que é algo totalmente diferente). A esta transformação ideológica corresponde uma transferência de poder das agências militares para as policiais. Embora formulada inorganicamente, em vista do peso da comunicação social sobre as agências políticas e da competitividade de clientela das últimas, esta difusa perspectiva pré-ideológica constitui a base de um discurso vindicativo que se ergue como uma das mais graves ameaças ao estado de direito contemporâneo, e que pode conduzir a um estado de polícia sob a forma de *ditadura da segurança urbana*. A imagem bélica do poder punitivo implica: **a)** aumentar os níveis de antagonismo nos estratos sociais inferiores; **b)** impedir ou dificultar a coalizão ou o acordo no interior desses estratos; **c)** aumentar a distância e a incomunicabilidade entre os diversos estratos sociais; **d)** potencializar os medos (espaços paranoicos), as desconfianças e os preconceitos; **e)** desvalorizar as atitudes e discursos de respeito pela vida e pela dignidade humana; **f)** dificultar as tentativas de encontrar caminhos alternativos para solução de conflitos; **g)** desacreditar os discursos limitadores da violência; **h)** apresentar os críticos do abuso de poder como coniventes ou aliados dos delinquentes; **i)** habilitar, no que concerne a esses críticos, a mesma violência concernente aos delinquentes.

4. Em suma, esta *imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança,* implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a *debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina).* O modelo de organização social comunitária perde terreno perante o de organização corporativa[59]. As pessoas se acham mais indefesas diante do estado, devido à redução dos vínculos sociais e do desaparecimento progressivo de outros *loci* de poder na sociedade. A própria sociedade – entendida como conjunto de interações – reduz-se e torna-se presa fácil da única relação forte, que é a vertical e autoritária. A imagem que se projeta verticalmente tende a ser única, porque a redução dos vínculos horizontais impede sua confrontação com vivências alheias. O modelo de estado que corresponde a uma organização social corporativa é o do *estado de polícia.*

59 Sobre "comunidade", Tönnies, Ferdinand, *Principios de Sociología; Comunidad y sociedad.*

§ 3. Os sistemas penais e o poder

I. Sistema penal

1. Por *sistema penal* entendemos *o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção.* Dentro deste entendimento, referimo-nos a *sistema* no sentido elementar de *conjunto de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior (o ambiente)* e nunca no símil biológico de órgãos do mesmo tecido que realizam uma função, de vez que estas agências não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques, ou seja, cada uma de acordo com seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade. O resultado de seu funcionamento em conjunto não passa de uma referência discursiva na hora de patentear suas funções manifestas ou proclamadas (que devem ser distinguidas das funções latentes[60]), quando, na realidade, as motivações dos operadores de cada agência são inerentes e contraditórias diante daquelas dos pertencentes às demais e inclusive entre as daqueles que fazem parte de outros estamentos da mesma agência. As interpretações do sistema penal que, por insuficiente base empírica, perdem de vista sua compartimentalização e a diferença entre funções manifestas e latentes, correm o risco de desviar suas conclusões por confundir níveis discursivos com dados da realidade, se as mesmas forem conservadoras ou tradicionais, assim como de acabar em versões conspiratórias, se forem críticas. A respeito destas últimas, torna-se necessário advertir que o resultado final da criminalização primária e secundária e do poder configurador e subterrâneo que lhes é inerente, a despeito da óbvia utilidade política para a repressão, controle e vigilância de classes ou grupos dominados, não pode ser atribuído a uma internacional manipulação centralizada, capaz de operar – qual marionetes – todas as agências do sistema penal.

2. Na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: **a)** as *políticas* (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **b)** *as judiciais* (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); **c)** as *policiais* (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); **d)** as *penitenciárias* (pessoal das prisões e

[60] Sobres funções manifestas e latentes, Merton, Robert K., *op. cit.*; Horton-Hunt, *op. cit.*, p. 578.

da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); **e)** as de *comunicação social* (radiofonia, televisão, imprensa escrita); **f)** as de *reprodução ideológica* (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e **g)** *as internacionais* (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios).

3. Estas agências são regidas por *relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas.* A competição é mais acentuada e aberta em algumas delas, como as de *comunicação social* (através do mercado da audiência, do poder político dos formadores de opinião, dos lucros da publicidade etc.) e as *políticas* (a disputa entre poderes, ministros, partidos, blocos parlamentares, candidatos, aspirantes a cargos partidários e de liderança etc.)[61]. Tamanho grau de competição abre as portas à apelação de discursos clientelistas, embora se saibam falsos: o mais comum é o reclamo da repressão para resolver problemas sociais e o temor de enfrentar qualquer retórica repressiva de efeitos proselitistas. Respaldado por este afã competitivo, ganha corpo um discurso simplista que se reitera e cuja difusão é favorecida pela comunicação: a mensagem jornalística se assemelha à publicitária quanto à sua concisão, simplicidade, emotividade, impacto sobre a atenção etc. Reduz-se o espaço de reflexão e, por conseguinte, os discursos que a exigem tornam-se desacreditados.

4. Deste modo a reiteração reforça a falsa imagem do sistema penal e do poder punitivo como meio eficaz para resolver os mais complexos problemas sociais, que a premência das respostas de efeito impede analisar com seriedade. Tal competitividade discursiva simplista se estende às *agências judiciais*[62], cujos operadores também devem enfrentar disputas internas e sofrer pressões verticais (dos membros de colegiados superiores do próprio poder) e horizontais (das outras agências)[63]. Quanto mais dependente das agências políticas for a estrutura da judicial, maiores serão estas pressões e menor seu potencial crítico: o recrutamento de operadores tenderá a excluir potenciais críticos e o verticalismo a controlar quem pudesse ter dissimulado, por ocasião de seu ingresso, sua capacidade de observação da realidade. O produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes e uma opinião pública confundida e desinformada.

[61] Cf. Debray, Regis, *El Estado seductor*.

[62] Sobre elas e eles, Zaffaroni, E.R., *Estructuras judiciales*; Guarnieri, Carlo, *Magistratura e politica in Italia*; Guarnieri, C. – Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*; Pacciotti, Elena, *Sui magistrati*; Garapon, Antoine, O Juiz e a Democracia, trad. M.L. Carvalho, Rio, 1999, ed. Revan; Botelho Junqueira, Eliane – Ribas Vieira, José – Piragibe da Fonseca, M. Guadalupe, Juízes – Retrato em Preto e Branco, Rio, 1997, ed. Revan; Werneck Viana, Luiz *et alii*, Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, Rio, 1997, ed. Revan.

[63] Cf. Picardi, Nicola, *L'indipendenza del giudice*.

5. As *agências de reprodução ideológica* (especialmente as universitárias) não ficam alheias à competição interna nem tampouco aos efeitos da combinação assinalada[64]. Correm o risco de perder peso político à medida que deslegitimem o poder punitivo; seus integrantes que contrariem o discurso dominante diminuem seus pontos na briga por assessorarem os operadores políticos ou para galgarem postos nas agências judiciais, e também correm o risco de se verem suplantados por seus opositores nos concursos acadêmicos ou de perderem financiamento para suas pesquisas etc. Como resultado disso, tais agências selecionam seus próprios operadores preferentemente entre os que compartilham o discurso, racionalizando-o ou matizando-o, mas procuram evitar aqueles que o refutam. As *agências internacionais* devem respeitar os discursos oficiais para não gerar conflitos diplomáticos e obter os recursos para seus órgãos, propor programas compatíveis com as boas relações e com os interesses de seus contribuintes; as cooperações devem evitar qualquer atrito com os governos com os quais cooperam; os programas devem resultar em boa publicidade para o país cooperador e ser apresentados como exitosos aos opositores de seus respectivos governos. Cabe acrescentar que o crescente interesse de alguns governos centrais em reprimir atividades realizadas fora de seu território tende a propagar instituições punitivas em países periféricos, fazendo-o sob a forma de cooperação direta ou através de organismos multilaterais que financiam.

6. As *agências penitenciárias* são as receptoras finais do processo seletivo da criminalização secundária. Elas se encontram ameaçadas por todas as demais agências e devem sobreviver enfrentando o risco de motins, desordens e fugas, que as arremetem para a imprensa e as colocam em situação vulnerável diante das agências políticas. Sua posição é particularmente frágil. Não é raro acabarem privilegiando apenas a segurança (aqui entendida como o conjunto de esforços envidados para evitar tais problemas) e postergando o resto. Carecem totalmente de capacidade de resistência ao discurso dominante. Qualquer um de seus operadores que ensaiasse tal resistência seria silenciado de imediato pela rígida verticalidade de tais organizações. Os operadores políticos condicionam sua atuação mediante altos investimentos na construção civil sobre um programa importado que fica à margem de seu âmbito gestor e avaliador. O maior número de prisões provoca maior superpopulação, multiplicando as dificuldades e os riscos.

[64] É clássico o trabalho de Weber, Max, *El político y el científico*; também Bourdieu, Pierre, *Intelectuales, política y poder*; ainda Bobbio, Norberto, Os Intelectuais e o Poder, trad. M. A. Nogueira, S. Paulo, 1997, ed. UNESP; e o fundamental Gramsci, Antonio, Os Intelectuais e a Organização da Cultura, trad. C. N. Coutinho, Rio, 1968, ed. Civ. Bras.

7. As *agências policiais* só se manifestam através de suas cúpulas: evitam-se cuidadosamente pronunciamentos de seus demais integrantes, salvo na infrequente conjuntura na qual alguma agência política ou judicial questione práticas arraigadas e métodos tolerados, a despeito de sua ilegalidade, caso em que as agências de comunicação concedem aos agentes policiais espaço e voz para a sustentação do discurso dominante. Fora dessa hipótese, ou de hipóteses similares (competitividade interna), a estrutura hierarquizada e militarizada das agências policiais impede possam seus operadores desenvolver e manifestar critérios independentes da reprodução dos discursos cupulares, rigidamente funcionais ante sua elevada vulnerabilidade perante as agências políticas. Quando o processo de contradição se agudiza e as cúpulas percebem alguma ameaça a seu poder, costumam recorrer à projeção bélica *real* mediante execuções sem processo, apresentadas publicamente como signos de eficácia preventiva[65].

8. O discurso dominante é reforçado nas chamadas *campanhas de lei e ordem* (*law and order, Gesetz und Ordnung*), que divulgam uma dupla mensagem: a) reivindicam maior repressão; b) afirmam, para isto, que não se reprime suficientemente. O discurso dominante está tão introjetado entre aqueles que são clientes dessas campanhas quanto entre aqueles que cometem os ilícitos, de modo que a própria campanha de lei e ordem tem um efeito multiplicador, à guisa de incitação pública.

9. Todo o exposto não passa de uma simplificação exemplificativa da enorme complexidade das contradições de qualquer sistema penal e das relações que pretende organizar. A isto devem ser acrescentados outros elementos que se tornam imponderáveis: o quadro político e econômico concreto em cada um de seus momentos; o cansaço público provocado pelo excesso de informação não-processada; a propaganda desleal (a opinião "técnica" de improvisados "peritos"); a reiteração de falsidades que adquirem *status* dogmático; a manipulação dos medos e a indução do pânico etc.

II. O poder dos juristas e o direito penal

1. O poder não é algo que se *tem*, mas sim que se *exerce*, e pode ser exercido de dois modos, ou melhor, possui duas manifestações: a *discursiva* (ou de legitimação) e a *direta*. Os juristas (penalistas) exercem tradicionalmente – a partir das agências de reprodução ideológica – o poder discursivo de legitimação do âmbito punitivo, mas *muito escasso poder direto*, que está a cargo de outras

[65] IIDH, *Muertes anunciadas*.

agências. *Seu próprio poder discursivo sofre erosão com os discursos paralelos das agências políticas e de comunicação, condicionantes daquele elaborado pelos juristas em suas agências de reprodução ideológica* (universidades, institutos etc.). *O poder direto dos juristas dentro do sistema penal limita-se aos raros casos que as agências executivas selecionam, abarcando o processo de criminalização secundária, e restringe-se à decisão de interromper ou habilitar a continuação desse exercício.* Para cumprir funções no exercício direto de poder, desenvolve-se uma teoria jurídica (saber ou ciência do direito penal, ou direito penal pura e simplesmente), elaborada sobre o material básico que é composto do conjunto de atos políticos de criminalização primária ou de decisões programáticas punitivas das agências políticas, e complementado pelos atos políticos de igual ou maior hierarquia (constitucionais, internacionais etc.). *O direito penal é, pois, um discurso destinado a orientar as decisões jurídicas que fazem parte do processo de criminalização secundária,* dentro do qual constitui um poder muito limitado em comparação com o das demais agências do sistema penal.

2. O direito penal é também uma programação: projeta um exercício de poder (o dos juristas)[66]. Este poder não pode ser projetado omitindo estratégias e táticas, ou seja, desconsiderando seus limites e possibilidades, o que implica incorporar dados da realidade sem os quais qualquer programação seria absurda e iria promover resultados reais impensados. Elabora-se o saber penal com o método dogmático: ele é construído racionalmente, partindo do material legal, a fim de proporcionar aos juízes critérios não-contraditórios e previsíveis de decisão dos casos concretos. Esta metodologia foi se desviando, até perder de vista, do fato de que um saber tão aplicado ao poder, por mais que, como todo programa, se refira ao *dever ser*, deve incorporar certos dados do *ser*, que são indispensáveis para seu objetivo. Esta omissão de informação indispensável não só ocorreu, como foi também teorizada até pretender construir um *saber do dever ser separado de qualquer dado do ser*, e considerou-se um mérito deste saber sua sempre crescente pureza ante o risco de contaminação com o mundo real[67]. Tal pretensão nunca deixou de ser uma ilusão ou um objetivo inatingível, porque o dever ser (programa) sempre se refere a "algo" (ser ou ente) e não pode ser explicado em termos racionais sem incorporar dados acerca desse "algo" que pretende modificar ou regulamentar. Não lhe resta alternativa senão entre reconhecer o ente ao qual se refere ou inventá-lo (criá-lo). O resultado foi que toda vez que se invocava um dado da realidade, para refutar outro inventado,

[66] Não foi por acaso que a teoria crítica do direito atribuiu grande importância ao esclarecimento do papel do operador jurídico (Novoa Monreal, Eduardo, *Elementos para una crítica*, p. 64).

[67] Sobre esta metodologia neokantiana, *infra*, § 23.

objetava-se que essa invocação era espúria, razão pela qual o saber jurídico-penal se arvorava em juiz da criação e em criador do mundo. É evidente que um saber aplicado ao poder nessas condições, e dirigido a operadores sem levar em consideração as características do poder destes nem suas limitações e possibilidades, não podia ser muito *prático*, pelo menos quanto a reforçar o poder de sua respectiva agência. Deixando fora de seu âmbito qualquer consideração acerca da seletividade ineludível de toda criminalização secundária, admitiu-se, como pressuposto, que o direito penal devia ser elaborado teoricamente como se tudo se realizasse invariável e *naturalmente* na forma programada pela criminalização primária. A partir deste falso dado, construiu-se uma elaboração precária a serviço da seletividade, em lugar de voltada contra ela para rebaixar seus níveis. Um saber penal que pretende programar o poder dos juízes sem incorporar os dados que lhe permitam dispor de um conhecimento correto a respeito do concreto exercício deste poder, nem de sua meta ou de seu objetivo político, tende a redundar em um ente sem sentido *(nicht nützig)*.

3. Costuma-se dizer que política é a ciência ou a arte do governo, e um dos poderes de todo governo republicano é o judiciário. Ninguém pode governar sem levar em consideração qual o poder de que dispõe para programar seu exercício de modo racional. O legislador que sancionasse uma lei proibindo cáries dentárias ou que se proclamasse onipotente diante da natureza seria ridicularizado, mas o discurso dominante não ridiculariza de igual maneira o juiz que impõe um ano a mais de pena porque "é necessário conter o avanço da criminalidade", nem o legislador que protrái a excarceração de ladrões para conter a criminalidade sexual, porquanto o direito penal não incorporou a seu horizonte os limites factuais e sociais do poder punitivo nem suas modalidades estruturais de exercício seletivo.

III. O direito penal e os dados sociais

1. É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas. Não se trata de uma empresa possível, embora objetável, mas de um empreendimento tão impossível quanto fazer medicina sem incorporar dados fisiológicos: tentou-se fazê-la sem pesquisar a fisiologia, mas o que se fez foi uma medicina baseada em uma falsa fisiologia, que não é a mesma coisa que fazer medicina sem pesquisar fisiologia. O mesmo acontece quando se pretende construir o direito penal sem levar em consideração o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações de poder etc., e como isso é impossível, o resultado não é um direito penal

desprovido de dados sociais, mas sim *construído sobre dados sociais falsos*. O penalismo termina por criar uma sociologia falsa, com uma realidade social alheia inclusive à experiência cotidiana, uma sociedade que funciona e pessoas que se comportam como não o fazem nem poderiam fazê-lo, para acabar criando discursivamente um poder que não exerce nem poderia exercer.

2. O fantasma do reducionismo sociológico do direito penal deve ser descartado: o direito penal, construído com método dogmático, não pode ser reduzido nunca à sociologia. Nem por isso, porém, está autorizado a desconhecer os dados que as outras ciências sociais lhe proporcionam e muito menos ainda a inventar dados falsos como pressuposto de toda sua construção teórica. O direito penal não é nem botânica, nem zoologia ou física, mas seria ridículo que inventasse dados falsos provenientes destas disciplinas toda vez que lhe aprouvesse. O que se andou fazendo na dogmática tradicional, sob pretexto de preservar sua *pureza jurídica* e conjurar o risco do reducionismo, foi mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso. *O mais curioso foi que não se considerou sociologia estes dados cientificamente falsos, mas sim direito penal.*

3. Com isto consagrou-se a subordinação total do poder judiciário ao poder legislativo. A partir de uma tese abertamente idealista, um autor identificado com a doutrina da segurança nacional sustentou que o dado social só interessa ao jurista (e, portanto, ao juiz) à medida que o legislador o tenha previamente incorporado, e qualquer outra incorporação deveria considerar-se como ideologização política do saber penal[68]. Tomada a sério, tal opinião levaria à conclusão de que toda crítica às instituições totais é pseudocientífica[69]. Mais recentemente, e em outro contexto ideológico, observou-se que a incorporação de dados sociais ao direito penal requer um momento valorativo[70]; embora seja uma tese discutível, quem a admitir deverá reconhecer que também a exclusão de dados sociais requereria valoração. É inevitável que a construção jurídica importe numa organização de ideias no marco geral da concepção de mundo, ou seja, numa ideologia em sentido positivo que se formula persuasivamente[71]. "As penas mais graves diminuem o número de delitos". "Punindo os ladrões tutela-se a propriedade". "Os loucos são perigosos". "O reincidente é mais perigoso que o primário". "A pena dissuade". "A execução penal ressocializa". "Todos são

[68] Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico-penal*, p. 28.

[69] *Idem*, p. 52.

[70] Silva Sanchez, Jesús-Maria, *Aproximación*, p. 334.

[71] Desde a perspectiva dos *critical legal studies*, Duncan Kennedy afirma que a ideologia é parte essencial do discurso jurídico; sobre os usos e sentidos da *ideologia*, Ricoeur, Paul, *Ideologia y utopia*; Wolkmer, Antonio Carlos, Ideologia, Estado e Direito, S. Paulo, 2000, ed. RT, pp. 93 ss; Chaui, Marilena de Souza, O que é Ideologia, S. Paulo, 1984, ed. Brasiliense; Cerqueira Filho, Gisálio, Análise Social da Ideologia, S. Paulo, 1988, ed. EDU.

iguais perante a lei". "O legislador é o único que estabelece penas". "A intervenção punitiva tem efeito preventivo". "A prisão preventiva não é uma pena". "Se se tipifica uma conduta, sua frequência diminui". "O consumidor de drogas proibidas converte-se em delinquente". "Todo consumidor de tóxicos é um traficante em potencial". "A impunidade é a causa da violência". "A pena estabiliza o direito". Todas estas assertivas a respeito da realidade do comportamento humano não estão submetidas a verificação, mas costuma-se considerá-las verdadeiras no direito penal sem esse requisito elementar de relativa certeza científica, não como mero complemento periférico do discurso, mas como próprio fundamento deste. Trata-se de proposições que podem ser verdadeiras ou falsas (isso não importa neste momento), mas cujo valor de verdade de qualquer maneira corresponde à ciência social pelos métodos que lhe são próprios. Enquanto não se questionar o valor de verdade de qualquer uma delas, não serão consideradas proposições sociológicas, porém tão logo se pretenda questioná-lo, refuta-se o argumento, alegando que se trata de uma indevida intromissão de uma *ciência do ser* no campo de uma ciência do *dever ser*. Esta é a melhor prova do erro metodológico que consiste em inventar dados sociais falsos como próprios do saber jurídico e refutar os dados sociais verdadeiros argumentando que são sociológicos, recurso que conduz o juiz a subordinar-se definitivamente a qualquer invenção arbitrária do mundo que faça um legislador iludido ou alucinado. É natural que isto tenha sido defendido por uma dogmática jurídico-penal classificatória, para uso de um poder judiciário que desconhecia o controle de constitucionalidade, como o do império alemão, porém é inadmissível nos estados contemporâneos.

4. Através do erro metodológico acima descrito incorporam-se muitíssimos dados falsos acerca do comportamento real das pessoas, das instituições e do poder, entre os quais dois são mais importantes: a) a suposta *realização natural da criminalização secundária* e b) a partir dela, *a ilusão de sua capacidade para resolver os mais complexos problemas e conflitos sociais*. A primeira oculta o mecanismo seletivo de filtragem e distorce todas as consequências que pretende atribuir-se à planificação criminalizante primária[72]. Uma mutilação paralela da ciência social, mediante uma criminologia concebida como pesquisa das causas do delito a partir apenas das pessoas criminalizadas, patologiza a explicação pretensamente causal e confunde as causas da criminalização com as do comportamento delituoso. O discurso jurídico-penal não pôde nunca enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo, porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito. Aliás, a seletividade criminalizante evidencia o escasso poder dos juristas no jogo de agências do sistema penal. Por

[72] Os princípios formais de igualdade e certeza não são suficientes para advertir sobre a natureza seletiva e reprodutora de desigualdade do sistema penal (Cf. Pavarini, Massimo, em Cadoppi *et alii*, I, p. 308).

isso preferiu-se manter a ficção de que o poder punitivo é manejado primeiramente pelo legislador (que seria o único que pode proibir e apenar), depois por eles – os juristas que realizariam o programado pelo anterior – e, por último, pela polícia e pelo corpo penitenciário que cumprem as ordens dos juristas. As agências universitárias, de comunicação e internacionais não aparecem neste esquema.

5. A comprovação de que o poder punitivo opera de modo exatamente inverso ao descrito pelo discurso penal tradicional é verificável pela mera observação leiga da realidade social. A defesa diante destes conhecimentos de comprovação cotidiana consiste em atribui-los a distorções conjunturais do poder punitivo, ocultando que se trata de caracteres estruturais, sendo conjuntural unicamente o seu grau. Esta comprovação *lesiona seriamente o narcisismo teórico do direito penal*, e é explicável que este optasse por ignorá-la com todo seu arsenal metodológico disponível. Em síntese, há duas razões fundamentais que obstam a percepção do poder real de criminalização na teoria penal: a) a contradição insolúvel com os princípios do estado de direito; e b) a grave lesão ao narcisismo teórico, que se veria obrigado a descer de uma virtual onipotência imaginada pelo discurso dominante até uma realidade de poder bastante limitado. Partindo da falsa ideia da criminalização como um processo natural, sustenta-se a *quimera da solução de gravíssimos problemas sociais* que, na realidade, o direito penal não resolve mas, ao contrário, em geral potencializa, pois só faz criminalizar alguns casos isolados provocados pelas pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo. Este não é um efeito inofensivo do discurso, porque a quimera da solução *neutraliza ou paralisa a busca de soluções reais e eficazes*. Além disso, essa ilusão abre as portas do fenômeno mais comum no exercício do poder punitivo, que é a *produção de emergências*. Pode-se afirmar que a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. A esse respeito falou-se, com acerto, de uma emergência perene ou contínua[73], o que é facilmente verificável: o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da corrupção, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente anterior se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data.

[73] Moccia, Sergio, *La perenne emergenza.*

IV. Sistemas penais paralelos e subterrâneos

1. Os discursos têm o efeito de centrar a atenção sobre certos fenômenos e seu silêncio em relação a outros os condena à ignorância ou à indiferença. Isso é o que acontece com a verdadeira dimensão política do poder punitivo, que não se radica no exercício repressivo-seletivo da criminalização secundária individualizante, mas no exercício configurador-positivo da vigilância, cujo potencial controlador é imenso em comparação com a escassa capacidade operativa da primeira. Igualmente, a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por *sistemas penais paralelos*.

2. Os *médicos* exercem um poder de institucionalização manicomial que, quando não tem um objetivo medicinal imediato, aproxima-se bastante ao da prisonização. Algo parecido acontece com as *autoridades assistenciais* que decidem a institucionalização de pobres urbanos das ruas ou de pessoas idosas. As famílias também tomam decisões institucionalizantes de pessoas idosas e de crianças em estabelecimentos particulares. Os juizados para crianças e adolescentes, inclusive fora de hipóteses delituosas, decidem sobre sua institucionalização. As *autoridades administrativas* e as *corporações* impõem sanções que implicam desemprego ou interdições, cujos efeitos costumam ser mais graves que os de uma pena (modificar ou extinguir o projeto de vida profissional de uma pessoa, por exemplo). As *federações desportivas* inabilitam uma pessoa, inclusive perpetuamente, ao considerarem falta sancionável o recurso a um tribunal judicial, configurando um verdadeiro sistema penal à margem dos estados, afetando sua soberania. A *autoridade militar*, quando incorpora obrigatoriamente os cidadãos às Forças Armadas por certo tempo (o chamado serviço militar obrigatório), além de exercer uma versão da velha pena de recrutamento para desocupados os expõe a uma segunda programação criminalizante (o Código Penal Militar) e emprega um histórico poder punitivo disciplinar imune à revisão judicial.

3. Parece estranho que a teoria jurídico-penal não tenha destacado a analogia que estas formas de exercício do poder mantêm com o sistema penal formal, ainda que isto constitua efeito direto da metodologia que insiste em manter fora de foco os dados da realidade que o legislador não incorpora, ou em considerar que sua incorporação é um ato valorativo que só o legislador pode empreender, como se fora ele o único enxergar o mundo. Deve-se aqui avaliar, outra vez, o efeito do narcisismo do discurso penal, gravemente ferido quando se

adverte de que não está programando – como pretende – o exercício do poder punitivo e que, além disso, nem sequer se refere à totalidade do mesmo, o que destrói sua proclamação discursiva do monopólio dele por parte do estado. Este impedimento tem consequências graves, pois implica uma renúncia a disputar a incorporação desses âmbitos do poder punitivo a seu discurso e, com isso, a exercer qualquer papel limitador a respeito deles. A preservação do discurso tradicional tem, pois, o efeito de reduzir o âmbito do conhecimento e da aspiração ao exercício do poder. E mais: é comum o discurso penal legitimar esses sistemas penais paralelos como alheios ao direito penal (*elementos negativos do discurso*), com o que acaba sendo o único discurso de programação do exercício de um poder cuja estratégia implica reduzi-lo, na contramão do que buscam todos os discursos de poder e todas as corporações existentes.

4. Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o *sistema penal subterrâneo*[74], que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição etc. A magnitude e as modalidades do sistema penal subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema penal, da força das agências judiciais, do equilíbrio de poder entre suas agências, dos controles efetivos entre os poderes etc. Em nenhum caso, porém, isto significa que o *sistema penal subterrâneo* se circunscreva aos países latino-americanos ou periféricos do poder mundial, mas sim que sua existência é reconhecida em todos os sistemas penais. Os campos de concentração, os grupos paraoficiais (Ku-Klux-Klan e "contras"), as expulsões informais de estrangeiros, as extradições mediante sequestro, os grupos especiais de inteligência italianos, norte-americanos e espanhóis que operam fora da lei, as arbitrariedades contra os irlandeses etc., comprovam a universalidade e estruturalidade do fenômeno. À medida que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos.

[74] Cf. Aniyar de Castro, Lola, *Derechos humanos, modelo integral de ciencia penal y sistema penal subterráneo*, pp. 301 ss.

V. A construção do discurso jurídico-penal e seu poder

1. Baseado em falsos dados sobre fatos e relações sociais, mas refutando qualquer correção dos mesmos por parte das ciências sociais, o saber jurídico-penal (direito penal) aceita a *naturalidade* da criminalização secundária. Por outro lado, com base na experiência obtida em alguns conflitos, ele generaliza o desempenho de uma função social positiva e racional da pena, sem submeter a extensão desse desempenho à verificação. Sobre esta generalização infundada assenta toda a sua elaboração teórica, de modo a, se bem construída, manter coerência com a função positiva pretensamente invariável do poder punitivo e permitir dele deduzir as pautas para decidir os casos concretos, de sorte que cada decisão seja uma consequência passível de ser reconduzida à premissa funcional que serve de viga-mestra a todo o edifício teórico. O direito penal se constrói deste modo como um discurso que racionaliza (legitima) o exercício do poder punitivo pois, de acordo com a sociologia por ele criada, atinge a todos igualmente, é exercido pelos juízes, através de mandato dos legisladores (representantes do povo) e se vale da coação direta das agências executivas apenas segundo suas instruções; além do mais, não toma em consideração o poder de vigilância positivo, ou seja, o mais importante aspecto do real exercício do poder punitivo. Consoante a esta criação arbitrária do mundo, o discurso jurídico-penal não incorpora, como dado, as limitações do poder jurídico dos operadores aos quais se dirige programaticamente. Ao contrário, de acordo com o mundo por ele criado, ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse às pautas dos teóricos. Como esta construção não respeita a realidade do poder, o discurso que a enuncia se arvora em legitimante de um poder que não é jurídico, mas sim policial, político, comunicacional e também subterrâneo (ilícito).

2. *O efeito mais paradoxal desta racionalização é que, ao legitimar todo o poder punitivo, o direito penal contribui para a progressiva redução do próprio poder jurídico, ou seja, do poder das agências judiciais.* Todos os discursos que legitimam algum poder tratam de ampliar seu exercício através das corporações, segmentos ou setores que os elaboram. No caso do direito penal acontece o inverso: legitima o poder alheio e reduz o dos juristas. Isto é não só paradoxal, como também conduz o segmento jurídico do sistema penal a uma grave indefensão, pois o deixa com um discurso redutor de seu poder entre agências que têm uma grande vocação para o poder e um excelente treinamento para disputá-lo.

3. Os discursos jurídico-penais dominantes racionalizam o poder das demais agências de criminalização valendo-se de *elementos de três ordens: a)*

legitimantes; b) orientadores; c) negativos. Os *elementos discursivos propriamente legitimantes ou de racionalização da criminalização*, conhecidos como teorias da pena porque procedem à generalização de alguma função positiva, a partir de casos particulares (a eficácia comprovada do poder punitivo em algum conflito é por eles estendida praticamente a toda conflituosidade social sem nenhuma prova empírica), condicionam o resto do discurso. Por isso, de cada uma dessas teorias pode ser deduzida uma teoria do delito e uma concepção da quantificação (ou individualização) da pena. Tais elementos legitimantes condicionam servilmente os *elementos orientadores* (*teoria do delito e da quantificação punitiva*), mas sua função não se esgota neles, porque existe uma terceira categoria de elementos discursivos também condicionada pelos primeiros: são os *elementos negativos do discurso jurídico-penal.* Os elementos negativos são os que servem para estabelecer o que fica de fora do discurso jurídico-penal e, por conseguinte, do poder das agências jurídicas. Protegidos pela mesma criação arbitrária do mundo, estes componentes são os que explicam não ser *juridicamente* poder punitivo aquilo que, em realidade, é poder punitivo, bem como não ser pena aquilo que pena é; dessa forma, fica legitimada a exclusão da maior parte do poder punitivo do horizonte de exercício de poder das agências jurídicas.

4. O discurso jurídico-penal é elaborado nos âmbitos que, dentro do sistema penal, cumprem a função de reprodução ideológica (universidades) e transferido – com certo atraso – para as agências judiciais, apesar de estas, às vezes, tomarem a iniciativa e depois as primeiras lhe proporcionarem maior organicidade discursiva. O paradoxo que implica construir um discurso legitimador de um enorme poder alheio e redutor do próprio é explicável *porque os segmentos jurídicos privilegiaram o exercício de seu poder através do discurso em detrimento do exercício direto do mesmo.* O poder do discurso – neste caso, do direito penal – é muito mais importante do que usualmente se reconhecia: todo poder gera um discurso e também – o que é fundamental – condiciona as pessoas para que só o conheçam através desse discurso e de acordo com o mesmo. Daí o fato de que o direito penal tenha criado seu mundo, pretendido conhecer a operatividade criminalizante segundo este seu mundo, e querido impedir o ingresso no discurso jurídico-penal de todo dado social que pudesse questioná-lo. Com isso exerce o poder que lhe confere proporcionar o discurso legitimador de todo o poder direto das demais agências do sistema penal.

5. *"De que necessitam hoje, os que ascendem ao poder, afora uma boa milícia, aguardente e salaminho? – Necessitam de texto"*. Esta afirmação de André Glucksmann é exata: sem discurso o poder se desintegra. E o discurso jurídico-penal sustentou todo esse poder criminalizante, assegurando sua permanência mediante a necessidade de seu discurso para as demais agências. Para isto, no entanto, teve de: **a)** consentir e racionalizar a redução do exercício do poder direto das próprias agências jurídicas; **b)** criar falsos dados sociais e ignorar outros dados elementares fornecidos pelas ciências sociais; **c)** entrar em colisão com princípios do estado de direito, do direito constitucional e internacional.

6. Para construir seu discurso, valeu-se o direito penal de falsas generalizações em dois sentidos: **a)** A criminalização primária abarca conflitos que, socialmente, nada têm em comum, salvo estarem eles contemplados em leis penais. A eficácia da pena em certo sentido, no que diz respeito a qualquer um deles, é extensiva a todos os restantes, dando-se por comprovado – sem verificação alguma – que se foi eficaz em um conflito deverá sê-lo em todos[75]. **b)** Nesta base constrói sua teoria, girando prevalentemente sobre um *conflito-tipo* em torno do qual prefere teorizar: por tradição, o homicídio, citado em quase todas as exemplificações. É possível que muitas das observações correntes, quando se pensa no homicídio, pareçam sensatas, mas o mesmo não aconteceria se o direito penal fosse construído a partir de outro *conflito-tipo*, como, por exemplo, o *furto*.

7. Assim sendo, o direito penal preferiu exercer poder com o próprio discurso, em lugar de exercê-lo através de decisões adequadas à realidade por parte das agências jurídicas, sacrificando sua orientação racional em favor da conservação do poder discursivo. Isso foi aprofundando a fenda que separa o direito penal das ciências sociais e do discurso jus-humanista e constitucional. Sabe-se que quanto mais irracional for um exercício de poder, menor será o nível de elaboração e abstração de seu discurso legitimante, de modo que *as crescentes contradições das sociedades contemporâneas não resistem sequer ao discurso penal dominante, razão por que seu poder como discurso está se debilitando, devendo competir com o que há de mais irracional e simplista na perspectiva bélica, projetado pelos meios de comunicação de massas e recolhido pelas agências políticas.* A tática de poder empregada até presentemente está começando a fracassar: o direito penal deve incorporar o discurso midiático bélico, ou enfrentá-lo. No primeiro caso, ele se degradaria até acabar se diluindo no da mídia: no segundo, ele deveria mudar sua tática e recompor-se como discurso jurídico (na condição de orientador e enfatizador do poder direto de suas agências).

---

[75] Daí provém a enorme disparidade de opiniões sobre a efetividade no direito penal; cf. Paliero, Carlo Enrico, em RIDPP, 1990, p. 431.

VI. Opções construtivas básicas

1. A operacionalidade concreta do sistema penal, em cujo marco de poder atua o discurso jurídico-penal, é um dado que obriga qualquer tentativa de construção teórica a realizar uma opção prévia, quando decide se o incorporará a ela ou se dela o excluirá. Os resultados, tanto em um quanto em outro caso, serão completamente díspares na sistemática e nas consequências, pois tal decisão determina o próprio objeto do discurso e, por conseguinte, toda sua estrutura. Trata-se de uma polarização decisória que abarca vários níveis impossíveis de serem esgotados aqui, mas cujos pontos principais urge precisar como *base teórica fundamental*.

2. Torna-se indispensável decidir: **a)** se se continua com as generalizações não-verificadas, optando-se por uma proposição diretamente não-verificável e proclamando-se qualquer uma das funções da pena como verdade demonstrada (teorias absolutas, preventivas especiais ou gerais, positivas ou negativas); **b)** ou, ao contrário, se se reconhece que a pena, na grande maioria dos casos, não pode cumprir nenhuma das funções manifestas que lhe são atribuídas, e que suas funções latentes não são conhecidas em sua totalidade, aderindo-se então a uma *teoria negativa ou agnóstica da pena e do poder punitivo.*

3. É inevitável optar entre: **a)** escolher os dados sociais que não afetem a legitimidade do poder punitivo e excluir os outros; afirmar como *jurídicos* falsos dados sociais e negar a seletividade criminalizante ou assumi-la e considerá-la positiva; ou **b)** reconhecer a seletividade, a incapacidade para resolver os conflitos, o efeito deteriorante sobre as vítimas e os criminalizados e a enorme dimensão do poder punitivo subterrâneo, paralelo e configurador positivo ou de vigilância.

4. Não é possível furtar-se à opção: **a)** por construir uma teoria do direito penal que paute as decisões das agências jurídicas, consoante a um fim previamente atribuído à pena e a todo o poder do sistema penal, com base numa causalidade social falsa ou na verdadeira assumida como positiva; ou **b)** por construir uma teoria que paute apenas o poder das agências jurídicas do sistema penal, consoante às regras de redução ao mínimo da violência, com base em dados sociais verdadeiros.

5. É ineludível decidir entre: **a)** legitimar discursivamente o exercício do poder punitivo por parte de todas as agências do sistema penal (legitimar a criminalização); ou **b)** limitar a legitimação ao poder de redução e demarcação das agências jurídicas do sistema (legitimar restrições à criminalização). Tal

decisão implica outra, anterior, sobre: **a)** se, por respeito à criminalização, cabe legitimar a redução do poder das agências jurídicas; ou **b)** se, por respeito à restrição da criminalização, cabe legitimar o aumento do poder das mesmas.

6. O discurso teórico deve ser estruturado de modo completamente diverso em consonância com o objeto escolhido para o mesmo, segundo seja construído: **a)** para exercer o próprio poder discursivo, oferecendo às demais agências de criminalização uma legitimação dessa natureza (e coagindo-as, mediante a ameaça implícita de ser tal legitimação retirada); ou **b)** para exercer o poder diretamente dentro do sistema penal, tratando de aumentar os dispositivos controladores e redutores da violência pelas agências jurídicas. A primeira opção significará insistir em uma forma tradicional de poder que está se desgastando aceleradamente em disputa com o discurso político-midiático, mais proselitista por sua rusticidade e emotividade vindicativa. A segunda opção implica decidir-se por um poder efetivo e direto que será necessário disputar sem evasivas.

7. São várias as razões que parecem impor-se para *uma decisão em favor das segundas opções* em todos os níveis assinalados, razões essas de natureza: **a)** *ética (geral e particular)*; **b)** *científica*; **c)** *política (jurídica e geral);* **d)** *de sobrevivência ou pragmáticas*. Pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de auto-realização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável. A observação de que, apesar desses efeitos, seu exercício seria normatizador e gerador de consenso – em que o negativo se tornaria positivo, diante de sua funcionalidade para o sistema – implica colocar o interesse em produzir normalidade à custa de falsidades acima do valor da pessoa, bem como aceitar a mediatização da mesma, com o que se confessa a falha ou o salto ético. Isto não significa que o direito penal seja uma construção elaborada por uma série histórica de teóricos imorais. Tal conclusão seria contrária às premissas que apontamos, pois seria esquecer que o poder condiciona o saber mediante o treinamento e que, por conseguinte, não se pode censurar aqueles que, em tempos passados, não tiveram a oportunidade de dispor de uma percepção articulada mais clara da estrutura do poder. Não é censurável aquele que foi treinado como sujeito cognoscente antes que novos contextos discursivos permitissem o acesso a uma perspectiva mais complexa.

8. A antecedente consideração *ética geral* não exclui uma reflexão *ética particular* referida à responsabilidade do teórico dentro do marco de poder do sistema penal. Mesmo quando os operadores das agências executivas e políticas procuram

aumentar o poder destas, à custa de violência, demagogia, abuso de poder e corrupção, eles talvez não mereçam um julgamento ético tão severo, porque não fazem outra coisa senão atuar dentro de uma lógica de acumulação de poder que se encontra na estrutura de suas agências e se desenvolve ante a carência de uma força limitadora. Ao contrário, quem se afasta da linha de sua agência é o teórico que desiste de programar a função limitadora e oferece às agências jurídicas uma programação reduzida de seu poder, que se for adotada como pauta deixa o caminho livre para o avanço do resto e, por conseguinte, para seu desbordamento. Esta função limitadora é a única que pode dar embasamento a uma *(re)eticização do direito penal*, em um sentido, por certo, bem diverso das anteriormente ensaiadas, especialmente da totalitária, que – como no caso do nazismo – não passava de um apelo irracional a supostas novas fontes de direito: o líder providencial, a qualidade étnica da população, o programa do partido, o espírito do nazismo e o são sentimento do povo, tudo para uma fraude ética indiferente diante da violência das agências do sistema penal, que precisamente ampliava e legitimava[76]. Aqui se trata de *eticizar republicana e jus-humanisticamente o desempenho das agências do sistema penal*, o que se faz restringindo seu poder e impedindo-o de intervir sobre infrações a qualquer ética ou pseudo-ética.

9. Do ponto de vista do *saber (ou da ciência jurídica)* é inegável que uma disciplina que se nutre de dados falsos, de ficções e, particularmente, de uma causalidade social inverídica, demonstra estar sofrendo uma grave crise, que é muito mais patente quando o exercício de poder, cujo discurso pretende legitimar, cai em insolúveis contradições com a ordem de coexistência à qual aspiram os discursos político-jurídicos. Um saber em crise e politicamente perigoso não tem muito futuro. Numa perspectiva de *política específica da área jurídica*, não existem razões para sustentar um discurso que não é útil ao exercício direto do poder por parte dos operadores jurídicos e cuja estratégia de poder (através do próprio discurso) vai, celeremente, sofrendo erosão devido a seu próprio artificialismo (que alimenta o ceticismo a seu respeito) e também devido à concorrência que lhe impõe outro discurso, intensamente veiculado, de baixíssimo nível de elaboração (proselitista e midiático). No plano *político geral*, nada recomenda optar por um discurso que legitima um poder baseado em uma falsa causalidade social, amplia o arbítrio das agências executivas, permite um ilimitado crescimento do poder de vigilância sobre toda a população, fomenta e condiciona atividades ilícitas e ainda que, em situações de crise política, não permite o emprego racional de seu potencial, debilitado por falta de treinamento específico. Está bastante claro que isso, longe de fortalecer o estado de direito, favorece a inclinação dos estados reais ou históricos para o modelo dos estados de polícia.

[76] Cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 83; Ruiz Funes, Mariano, *Actualidad de la venganza*, p. 28.

10. A crescente complexidade das relações de toda ordem, sua planetarização e a explosão tecnológica das últimas décadas geram novos problemas e perigos que urge encarar com eficácia. Se em lugar de procurar soluções apela-se para a reiteração de um discurso que só traz tranquilidade através de uma solução ilusória (porque se baseia em uma falsa causação social), não só não se solucionará o problema, como também acontecerá algo pior: a procura de soluções reais será desestimulada, porque o ilusório ocultará o urgente. A *sobrevivência* de uma boa parte da espécie humana depende de que certos problemas sejam resolvidos e, justamente por isso, não é admissível a criação de ilusões e a consequente venda publicitária do poder que sua elaboração suscita.

11. A escolha das segundas opções do desenvolvimento da polarização primária assinalada importa uma *volta ao direito penal liberal em novas bases*, que reforcem a orientação decisória limitativa e redutora do poder punitivo por parte das agências jurídicas. Isso gera *considerável resistência*. **a)** A tradição legitimante sempre assentou o poder das agências jurídicas na racionalização do poder punitivo, elaborando um modelo integrado e não um conflitivo; postular o contrário importa retomar uma proposta já enunciada[77] mas nunca desenvolvida totalmente (e menos ainda com o esquema que corresponde à incorporação de dados sociais hoje disponíveis). **b)** É bem considerável o temor da teoria de perder o poder do discurso e ficar limitada àquele bastante restrito das próprias agências, não sendo de se estranhar que opte por conservar o primeiro, apesar de sua notória e acelerada deterioração. **c)** Admitir que o poder do direito penal é discursivo, que o poder punitivo estatisticamente importante não passa pelas agências jurídicas, que seu exercício direto é muito reduzido, implica uma grave lesão ao narcisismo do direito penal. **d)** Não é simples reconhecer que se está trabalhando com emprego de falsos dados sociais, quando se suportou um longo treinamento na condição de sujeito cognoscente para interiorizá-los como científicos. **e)** Ainda que as agências jurídicas abandonem o discurso legitimante, as demais tentarão assumi-lo e, sem dúvida, contarão com aqueles que, a partir do segundo ou terceiro escalões das agências reprodutoras, se arvoram em peritos, porque o poder sempre cria seus próprios sábios. **f)** O discurso penal limitativo será desprestigiado pelo discurso proselitista e midiático, porque neutraliza uma das mais importantes formas de concorrência para as agências políticas e de comunicação. **g)** Os próprios setores críticos, progressistas e até revolucionários têm internalizada a eficácia do poder punitivo, ao ponto de contribuir

[77] Liszt, Franz von, *Aufsätze*, II, p. 80.

para desprestigiar o discurso limitativo[78], frequentemente pela perspectiva ilusória de um irrealizável *uso alternativo* da pena contra as classes dominantes (sem embargo da esporádica criminalização, sempre com alta visibilidade midiática, de um de seus membros, fato que cumpre a importante função de ocultar a seletividade do sistema penal). **h)** O discurso limitativo é *violador* da regra de proibição de coalizão[79] imposta pela seleção segundo estereótipos, motivo pelo qual não é difícil manipular a comunicação para estender a seus defensores os estigmas. **i)** Qualquer sociedade tem setores políticos retrógrados e antidemocráticos que atuam abertamente em favor do estado de polícia e atemorizam os operadores políticos democráticos carentes de firmeza e compromisso, especialmente quando fragilizados pela avalanche ideológica da globalização, ou tentados por uma visibilidade midiática cujo preço é o ajustamento de suas opiniões, no âmbito da questão criminal, ao discurso dominante.

12. Diante de tais resistências sobressairão algumas *vantagens*. **a)** Assiste-se a uma crise do poder do discurso penal, ou seja, a um colapso de paradigma sem outro sobressalente. A reformulação limitativa do direito penal proporciona o sobressalente que permite evitar o caos crescente provocado pela erosão discursiva, causadora do avanço do simplismo proselitista e midiático. **b)** O direito penal limitativo também é um discurso e, como tal, importa um exercício de poder: um discurso que negue a legitimidade do poder punitivo e afirme a de sua contenção, ocupando um espaço de poder que até o momento se acha inexplicavelmente vazio, com sério perigo para o estado de direito. **c)** O estado de direito é um modelo abstrato, assim como uma inegável aspiração humana, pois, salvo os casos que beiram a patologia, ninguém postula hoje em dia sua preferência por um modelo de submissão à vontade arbitrária daqueles que mandam: pensar no aniquilamento do discurso penal limitativo implica a possibilidade de desaparecimento definitivo do estado de direito. A história demonstra que este é produto de uma dinâmica de avanços e retrocessos, mas sempre tem reaparecido e remontado de seu aparente ocaso, como expressão da universal aspiração a organizar a convivência em bases mais ou menos racionais.

[78] Cf. Karam, Maria Lúcia, A esquerda punitiva, em DS-CDS n° 1, pp. 79 ss.
[79] Cf. Chapman, op. cit., p. 255.

CAPÍTULO II

PENA E HORIZONTE DE PROJEÇÃO DO DIREITO PENAL

AA. VV. Direito Administrativo da Ordem Pública, Rio, 1986, ed. Forense; Agirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Madri, 1990; Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, 1947; Albuquerque Mello, Celso D., Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio, 1997, ed. Renovar; Alexander, Franz – Staub, Hugo, *Der Verbrecher und seine Richter*, Viena, 1929 (*El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, Madri, 1935); Altamira, Pedro G., *Policía y poder de policía*, Bs. As., 1963; Allegra, Giuliano, *Dell'abitualità criminosa*, Milão, 1928; Andenaes, Johannes, *Punishment and Deterrence*, Michigan, 1974; do mesmo, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, em *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, a cura di M. Romano e F. Stella*, Bolonha, 1980, pp. 33 ss.; Baratta, Alessandro, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, em *Dei delitti e delle pene*, n° 2, 1985, p. 247 ss.; do mesmo, *Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellsachaft. Zur Neubewertung des Strafrechts*, em *Fest. f. Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 393; também, *La politica criminale e il diritto penal della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, em *Il diritto penale alla svolta di fine millenio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola*, Turim, 1998; *Droits de l'homme et politique criminelle*, em *Deviance et societé*, n° 3, Genebra, 1999, p. 250; *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, em *Pena y Estado*, n° 1, 1991, p. 46; Barbero Santos, Marino, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán*, Valladolid, 1972; Barreto, Luiz Antonio, *Tobias Barreto*, Aracaju, 1994; Barreto, Tobias, *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, em *Obras completas*, V, *Direito, Menores e loucos*, ed. Estado de Sergipe, 1926, pp. 139 ss. Batista, Nilo, Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, Rio de Janeiro, 2000; Bauer, Anton, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830; Bauer, Anton, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830; Bauer, Fritz, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, Munique, 1957; Baumann, Jürgen, *Unterbringungsrecht*, Tübingen, 1966; Baurmann, Michael, *Folgenorientierung und subjektive*

Verantwortlichkeit, Baden-Baden, 1981; Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, em *Journal of Political Economy*, nº 76, 1968, pp. 169 ss.; Beling, E., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908; Bergalli, Roberto, *Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales*, em *Rev. de D. Penal y Crim.*, Madri, 1992, pp. 173 ss.; Beristain, Antonio, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Bs. As., 1982; Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Madri, 1992; Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici, Le tre ultime lezioni brasiliane*, Pádua, 1987; do mesmo, *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966; Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Bs. As., 1954; Birkmeyer, Karl von, *Schuld und Gefährlichkeit*, Leipzig, 1914; Blando, Oscar M., *Detención policial por averiguación de antecedentes. Estado de derecho, policía y abuso de poder*, Rosário, 1995; Bockelmann, Paul, *Vom Sinn der Strafe*, em *Heildelberg Jarbücher*, nº 5, 1961, pp. 25 ss.; Boff, Leonardo, A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise, em DS-CDS, nº 1, 1996, p. 93 ss.; Bonini, Roberto, *La carcere dei debitori, Linee di una vicenda settecentesca*, Turim, 1991; Bovino, Alberto, *La víctima como sujeto público y el estado como sujeto sin derecho*, em *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 15, 1998, p. 28; do mesmo, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Bs, As., 1989; Buckley, Walter, *La sociología y la teoria moderna de los sistemas*; Bs,. As., 1993; Burgos Mata, Alvaro, *El preso sin delito*, San José de Costa Rica, 1998; Callies, Rolf Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1974; Campos Vianna, Guaraci, *et alii*, Ensaios Críticos sobre Direito Penal e Direito Processual, Rio, 1995, ed. L. Juris, pp. 39 ss; Cantarero, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Madri, 1988; Carnevale, Manuel, *Crítica penal. Estudio de filosofía jurídica*, Madri, s.d.; Carrara, Francesco, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, em *Opuscoli*, I, Prato, 1878, pp. 191 ss; Carro, José Luis, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, em *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 15, 1977, pp 605 ss; Castelli, Enrico *et alii*, *El mito de la pena*, Caracas, 1970; Castex, Mariano-Cabanillas, Ana M., *Apuntes para una psicosociología carcelaria*, Buenos Aires, 1986; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Turim, 1988; Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Madri, 1994; Clausewitz, Carl von, *De la guerra*, I. *Sobre la naturaleza de la guerra*, Buenos Aires, 1968; Cohen, Stanley-Taylor, Laurie, *Psychological Survival. The experience of long term imprisonment*, Middlessex, 1972; Cooley, Charles Hooton, *Social organization. A study of the larger mind*, New York, 1962; Cooter, Robert – Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, México, 1998; Costa Júnior, Heitor, O controle da violência da polícia pelo sistema penal, em AA. VV. A Instituição

Policial, pp. 83 ss; do mesmo, *Tobias Barreto*, em Rev. de Direito Penal e Crim., nº 31, p. 97; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, México, 1981; Daigle, Marc, *La prevention des comportaments suicidaires en milieu carcéral: évaluation de la situation et approche préventive*, em Rev. Sc. Crim. et *Droit pénal comparé*, nº 2, abril-junho 1999, p. 303; De Benedetti, Isidoro, *Carrara di fronte alla carcerazione preventiva*, em *Facoltà di Giurisprudenza della Universitá di Pisa*, *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milão, 1991, pp. 755 ss.; del Vecchio, Giorgio, *El fenómeno de la guerra y la idea de la paz*, trad. de Mariano Castaño, Madri, 1912; Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, Madri, 1986; Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, 1999; Dreher, Eduard, *Das schlechts Gewissen des Strafrichters*, em *Fest. f. Bockelmann*, Munique, 1979; Dreher, Eduard, *Die Vereintlichung von Strafen und Sichernden Massregeln*, en ZStW, nº 65, 1953, pp. 484 ss.; Durand, André, *El Comité Internacional de la Cruz Roja*, em *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Genebra, 1981; Durkheim, Émile, *De la division du travail social*, Paris, 1893; Eder-Rieder, Maria A., *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Massnahmen. Eine Betrachtung in materiellrechtlicher, prozessualer und vollzugsrechtlicher Sicht*, Viena, 1985; Eser, Hirsch, Roxin, Christie, Maier, Bertoni, Bovino, Larrauri, *De los delitos y de las víctimas*, Bs. As., 1992; Eusebi, Luciano, *La funzione della pena: il comiato da Kant e da Hegel*, Milão, 1989; do mesmo, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; também, *La nuova retribuzione*, em Marinucci-Dolcini, *Diritto Penale in transformazione*, Milão, 1985, pp. 134 ss.; Exner, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlim, 1944; Farrel, Martín Diego, *William Godwin: Filosofía política a fines del siglo XVIII*, em *Contradogmáticas*, 4/5, Florianópolis, 1985; Fernández Flores, José Luis, *Del derecho de la guerra*, Madri, 1982; Ferrajoli, Luigi *La pena in una società democratica*, em *Questione Giustizia*, 1996, p. 527 ss.; Ferrazzi, Silvia e Ronconi, Susanna, *Il virus in cárcere tra allarme e negazione*, em *Dei delitti e delle pene*, 3/93, p. 133; Fiandaca, Giovanni, *Quando proibire e per che punire? Ragioni di concordia discors con Luigi Ferrajoli*, em Letizia Gianformaggio (org.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turim, 1993, p. 272; Figueroa, Benjamín, *Prisión por deudas*, tesis doctoral, Bs. As., 1869; Fiorini, Bartolomé, *Poder de policía*, Bs. As., 1958; Foucault, Michel, *La volonté de savoir*, Paris, 1976; Fragoso, Heleno Cláudio, Jurisprudência Criminal, Rio, 1982, ed. Forense; Gallas, Wilhelm, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens*, em *Heildelberg Jahrbücher*, nº IX, 1965; Garland, David, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milão, 1999; Garofalo, Rafael, *La Criminología*, Madri, s.d.(trad. de Pedro Dorado); Gimbernat Ordeig, Enrique, *Ensayos penales*, Madri, 1999; do mesmo, *Concepto*

y método de la ciencia del derecho penal, Madri, 1999; Ginzberg, Eli – Eichner, Alfred, *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968; Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y la dicha generales*, Buenos Aires, 1945; Goffman, Erwing, *Manicômios, prisões y conventos*, São Paulo, 1974; Gómez, Eusebio, *La mala vida*, Bs. As., 1908; González Vidaurri, Alicia – Gorenc, Klaus-Dieter – Sánchez Sandoval, Augusto, *Control social en México D. F., Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, México, 1998; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1998; Grupp, Stanley E. *Theories of Punishment*, Indiana, 1971; Gullo, Luigi, *Delitto, pena e storicismo. Una teoria contra la carcerazione*, Lungro, 1994; Gurvitch, Georges, *Il controllo sociale*, Roma, 1997; Guzmán Dalbora, José Luis, *Exposición y crítica de una reducción del derecho penal*, em *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, 1993, p. 209 ss.; Hart, Herbert L. A., *Responsabilità e pena*, Milão, 1981; Harzer, Regina, *La independencia y su significación para la teoria de la pena*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, pp. 33 ss.; Hassemer, Winfried, *Prevención en el derecho penal*, em *Poder y control*, n° 0, 1986, pp. 93 ss.; do mesmo, *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social*, em *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982; Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, 1991; Hogenhuis, Stijn, *The disappearance of a victim-position*, em *The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective*, Roterdam, 1987, pp. 167 ss.; Horwitz, Allan, *The logic of social control*, New York, 1990; Hulsman, Louk – Bernat de Celis, Jacqueline, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982; Humboldt, Wilhelm von, *Los límites de la acción del estado*, Madri, 1988; Jakobs, Günter, *¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?*, em ADPCP, 1994, pp. 137 ss.; Jellinek, G., *Die sozialethische Bedeutung von recht, Unrecht und Strafe*, Viena, 1878; Jellinek, Georg, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Berlim, 1908; Jiménez de Asúa, Luis, *La pericolosità. Nuovo criterio per il tratamiento repressivo y preventivo* (prefácio de E. Ferri), Turim, 1923; Kaiser, Günther, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt, 1972; Kargl, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 53 ss.; Köhler, Michael, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strazumessung erörtet am Problem der Generalprävention*, Heidelberg, 1983; Kohlrausch, Ed., *Sicherungschaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, em ZStW, 44, 1924, pp. 21 ss.; Köning, René, *Sociología*, Buenos Aires, 1963; Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madri, 1782; Lemert, Edwin M., *Estructura social, control social y desviación*, em Clinard, Marshal B., *Anomia y conducta desviada*, Buenos Aires, 1967, pp. 44 ss.; Lenz, Adolf, *Ein StGB ohne Schuld und Strafe Bedeutung und Trawweite des italienischen Verentwurfes für die Strafrechtsreform in Deutschland und Österreich*, Graz, 1922; Lesch, Heiko Hartmut, *Die Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colônia, 1999; Lima, Hermes, *Tobias Barreto (A época e o homem)*, São Paulo, 1939; Losano, Mario G., *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bolonha, 1974; Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories* (trad. de M. H. Prudhomme), Paris, 1892; Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., 1993; Luzón Peña, Diego Manuel, *Culpabilidad y pena en el Código Penal Español de 1995*, e *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, 1998, pp. 311 ss.; Lyra, Roberto, Direito penal científico, Rio, 1974; Lyra, Roberto, Tobias Barreto. O homem pêndulo, Rio, 1937; Magliona, Bruno e Sarzotti, Claudio, *Carcere e AIDS: le ragioni di un rapporto difficile*, em *Dei delitti e delle pene*, 3/93, pp. 101 ss.; Martindale, Don, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswiss. der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlim, 1975; Mathiesen, Thomas, *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974; Maturana R., Humberto – Varela G., Francisco, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, Sgo. de Chile, 1997; Maurach, Reinhart, *Vom Wesen und Zweck der Strafe, em Schuld und Sühne*, 1960; Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937; do mesmo, *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig, 1901; Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. II, Bs. As., 1950; Melossi, Dario, *Ideologie e diritto penale. Garantismo giuridico e criminologia critica como nuove ideologie della subalternità?*, em DDDP, n° 1, 1991, p. 15 ss.; Méndez Baiges, Víctor, *Sobre derechos humanos y democracia*, em *En el límite de los derechos*, Barcelona, 1996, pp. 101 ss.; Mercadante, Paulo – Paim, Antonio, *Tobias Barreto na cultura brasileira. Uma reavaliação*, São Paulo, 1972; Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1980; Messner, Claudius, *Recht im Streit, Das Jugendstrafrecht, die alternativen Sanktionen und die Idee der Mediation*, Pfaffenweiler, 1996; Messuti de Zavala, Ana, *La víctima y el no-sujeto de derecho*, em *Rivista Internazionale di Filosofía del diritto*, n° 3, Milão, 1994, pp. 493 ss.; da mesma, *El tiempo como pena y otros escritos*, Bogotá, 1998; Montesquieu, *Oeuvres de Monsieur de, Nouvelle édition revue, corrigée et considérablement augmentée par l'auteur*, Londres, 1767; Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y dogmática de las víctimas*, em *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, 1998, pp. 351 ss.; Morselli, Elio, *Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena*, em

ADPCP, 1995, p. 265 ss.; Mosconi, Giuseppe A., *La norma, il senso, il controllo*, Milão, 1986; Mothé Fernandes, Márcio, Ação Sócio-educativa Pública, Rio, 1998, ed. L. Juris; Mousnier, Conceição, O Ato Infracional, Rio, 1991, ed. L Juris; Müller-Dietz, Heinz, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, Berlim, 1968; Muñoz Conde, Francisco, *Política Criminal en la República de Weimar*, em *Doxa*, 15-16, II, 1994, pp. 1033 ss.; Nagler, Johannes, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig, 1918; Navarro de Palencia, Alvaro, *Socialismo y derecho criminal*, Madri, 1919; Noll, Peter, *Die ethische Bedeutung der Strafe*, Tübingen, 1962; Novoa Monreal, Eduardo, *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Santiago de Chile, 1987; Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, D.F., 1988; Nuñez, Ricardo C., *¿Debemos abandonar la manera tradicional de aplicar la ley penal?*, Córdoba, 1987; Oliveira Martins, J. P., *Quadro das instituições primitivas*, Lisboa, 1883; Paliero, Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, em RIDPP, 1990, pp. 431 ss.; do mesmo, *Consenso sociale e diritto penale*, em RIDPP, 1992, p. 850; Paul, Wolf, *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, em *Poder y Control*, nº 0, 1986; Pavarini, Massimo – Pegoraro, Juan, *El control social en el fin de siglo*, Buenos Aires, 1995; Paz Anchorena, José M., *La prevención de la delincuencia*, Bs. As., 1918; Perez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madri, 1990; Popitz, Heinrich, *Fenomenologia del potere*, Bolonha, 1996; Püttmann, I.L.E., *Prolusio de poenis exemplaribus*, em *Opuscula Juris Criminalis*, Leipzig, 1789; Rabbosi, Eduardo, *La ética y la guerra, em El lenguaje del Derecho, Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, 1983; Rabinowicz, León, *Mesures de Sureté. Etudes de politique criminelle*, Paris, 1929; Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona, 1995; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El correccionalismo penal*, Córdoba, 1989; Roberts, Edward A. – Pastor, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1997; Rocco, Arturo, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, em *Op. Giuridiche*, III, 1933; Röder, Karl David August, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madri, 1871; do mesmo, *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, Madri, 1875; Romay, Francisco L., *Historia de la Policía Federal Argentina*, Buenos Aires, 1980; Ross, E. A., *Social Control*, New York, 1901; Rotman, Edgardo, *L'evolution de la penseé juridique sur le but de la sanction penale*, em *Hommage à Marc Ancel*, II, Paris, 1975, pp. 163 ss.; Rotman, Edgardo, *La prevención del delito*, Costa Rica, 1998; do mesmo, *Beyond Punishment. A new view on the rehabilitation of criminal offenders*, Connecticut, 1990; Roxin, Claus, *Problemas Basicos del Derecho Penal*, trad. D.M. Luzon Peña, Madri, 1976, ed. Reus; Saldaña, Quintiliano, *Nueva*

Penologia (Penas y medidas deseguridad), Madri, 1931; Saldaña, Quintiliano, *Nueva penología*, Madri, 1931; Schaffstein, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madri, 1957; Scheerer, Sebastian, *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo, 1997; Schmidhäuser, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1971; Schmidt, Eberhard, *La ley y los jueces*, em Radbruch-Schmidt-Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madri, 1971; Schoetensack, August-Christians, Rudolf-Eichler, Hans, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, Berlim, 1934; Silva Sánchez, Jesús María- Baldó Lavilla, Francisco – Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Casos de la Jurisprudencia Penal, con comentarios doctrinales, Parte general*, Barcelona, 1996; Silveira, Junot, *O romance de Tobias Barreto*, Salvador, 1953; Smaus, Gerlinda, *General prevention. A new rescue for the technocratic legitimations of the penal law*, em *Social Problems and criminal justice*, nº 37, Rotterdam, 1987; Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoria del estado peligroso*, Bs. As., 1929; Soler, Sebastián, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, em ADPCP, 1964, pp. 215 ss.; Solíz Espinoza, Alejandro, *Ciencia Penitenciaria*, Lima, 1990; Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des rechts nach geschichtlicher Ansicht*, t. II, Heildelberg, 1837; Stooss, Carl, *Vorentwurf zu einen Schweizerischen StGB, Allg. Teil, Im Auftrages des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss. Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Partie Générale, Traduit par mission du Département Fédéral de Justice et Police par Alfried Gautier*, Basileia, 1893; Stratenwerth, Günter, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, Bogotá, 1996; Stratenwerth, Günther, *Zur Rechtsstaatlichkeit der reiheitentziehenden Massnahmen im Strafrecht. Eine Kritik des geltendes Rechts und des Entwurfs 1965 für eine Teilrevision*, em *Sch. Z. F. Strafrecht*, 1966, pp. 337 ss.; Terradillos Basoco, Juan, *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, em *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 22 ss.; Thomas, William I. - Znaniecki, Florian, *The polish peasant in Europe and America*, New York, 1918-1920; Vaccaro, M.A., *Génesis y función de las leyes penales*, Barcelona, 1907; van de Kerchove, Michael, *Les droits sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux Etat-Unis*, Bruxelas, 1987; Vasalli, Giuliano, *Funciones e insuficiencias de la pena*, em *Hom. a Jiménez de Asúa*, Bs. As., 1964, pp. 339 ss.; Vasalli, Giuliano, *La potestà punitiva*, Turim, 1942; Vassalli, Giuliano, *Scritti Giuridici*, Milão, 1997; Verani, Sérgio, Assassinatos em Nome da Lei, Rio, 1991, ed. Aldebarã; Volk, Klaus, *Der Begriff der strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, em ZStW, nº 83, 1971, pp. 405 ss.; Welcker, Karl Theodor, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe Philosophisch und nach den gesetzen d. Merwürdigsten Völker rechstorisch entwickelt*, Giessen, 1813; Wiesnet, Eugen, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesismo e pena*, Milão, 1987, p. XV; Wolf, Paul, *Esplen-*

dor y miseria de las teorías preventivas de la pena, em *Poder y Control*, nº 0, *Prevención y teorías de la pena: presente y alternativas*, 1986, pp. 59 ss.; Würtenberger, Thomas, en *Die neue Ordnung*, 2, 1965; Zaffaroni, E.R., *Cruel penalties and double punishment*, em *Festkrift till Jacob W.F. Sundberg*, Juristforlaget, Estocolmo, 1993, pp. 469 ss.; do mesmo, *Las penas crueles son penas*, em *Derecho penal y criminologja*, Bogotá, 1992; Zolo, Danilo, em *Diritto penale, Controllo di razionalitá e garanzie del cittadino* (a cura de Mauricio Bosciu), Pádua, 1998, pp. 244 ss.

§ 4. O HORIZONTE COMO CONDICIONANTE DA COMPREENSÃO

I. Funções punitivas manifestas e latentes

1. A legislação penal é o material básico de interpretação do direito penal[1]. A partir de uma primeira aproximação *pode-se entender por legislação penal o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma espécie de coerção que priva de direitos e inflige uma dor (pena) sem buscar seja um fim reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente.* Na sociedade existem dispositivos de poder que intervêm nos conflitos como *solução* (quando satisfazem às partes ou à parte lesionada) ou como mera *decisão*. Toda cultura tolera também que na maioria dos casos o poder formalizado não intervenha, ou, melhor dito, nenhuma sociedade exige que em todos os conflitos intervenham esses dispositivos de poder. As agências políticas programam sua intervenção sobre uma parte da conflituosidade social mediante *modelos*; elas formalizam sua decisão segundo áreas particulares (civil, comercial, constitucional, administrativa etc.), mas a formalização não muda a essência dos *modelos decisórios* adotados, porque o direito não pode programar mais do que o socialmente possível. Os principais *modelos decisórios* são **a)** o reparador, **b)** o conciliador, **c)** o corretivo, **d)** o terapêutico e **e)** o punitivo[2].

2. O modelo punitivo não é muito adequado para combinações com os demais modelos, ao passo que estes são mais flexíveis para serem combinados com vistas à solução de um único conflito[3]. Por outro lado, o modelo punitivo é pouco apto a solucionar o conflito: quando prisoniza alguém não resolve o conflito, mas sim *o suspende*, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, *exclui a vítima* (ao contrário dos modelos reparador ou conciliador). É a dinâmica social que, no modelo punitivo, dissolve o conflito, lançado ao tempo para que se apague. Este mecanismo de dissolução atua sobre o *ser sendo* do humano: no decorrer do tempo vamos nos refazendo e mudando, e o lançamento do conflito ao tempo espera que os protagonistas se transformem, desligando-se do conflito ou tranquilizando-se a seu respeito, pouco importando se novos conflitos surjam ou não deste esquecimento. Não há sociedade na qual

[1] Cf. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método*, p. 36. Sobre a função do texto legal de acordo com os pressupostos analíticos, Nuñez, Ricardo C., *¿Debemos abandonar la manera tradicional de aplicar la ley penal?*

[2] Por todos, Horwitz, Allan, *The logic of social control*, p. 9 ss.

[3] Cf. Hulsman-Bernat de Celis.

todos os conflitos tenham solução, nem se pode afirmar seja indispensável produzir uma solução por via institucional em todos os casos, especialmente se for previsível que a intervenção possa reproduzi-los ou agravar-lhes as consequências. É possível, por outro lado, haver conflitos que não tenham solução viável ou culturalmente aceitável e que, não obstante, requeiram resposta formal. Em tal pressuposição seria mais racional a suspensão do conflito; no entanto, convém admitir que esta não seria jamais satisfatória, mas simplesmente inevitável.

3. O poder estatal concede às suas instituições *funções manifestas*, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se ao juízo de racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas *funções latentes* ou reais. Tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é a única maneira de controlar a racionalidade do poder, pois, em caso contrário (se a discussão se mantiver ao mero nível das funções manifestas), o controle seria de pura racionalidade do discurso. O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime discursivamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas. Nos extremos, há de um lado poder estatal desprovido de funções punitivas manifestas ou latentes, como pode ser a administração hospitalar ou escolar, e de outro lado há poder estatal em que ambas as funções são claramente punitivas, como aquele exercido para criminalizar o autor de um homicídio. Mas fora dessas situações claras e extremadas, a maior parte do poder estatal tem funções manifestas não-punitivas e latentes que são ou podem ser punitivas[4]. Nesse enorme espaço de poder observam-se: **a)** situações em que a função latente punitiva é quase invariável e clara (institucionalização de crianças e adolescentes infratores sob função manifesta de tutela[5]); **b)** situações mais confusas, porque a função punitiva latente é eventual, dependendo do uso atribuído ao exercício desse poder em cada caso (qualquer privação de liberdade anterior à sentença pode ter por objeto evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito maior, mas ela também pode ser utilizada como pena antecipada).

[4] As ambigüidades da prisão "civil' (depositário infiel e devedor alimentar) ilustram suficientemente: cf. Figueroa, Benjamín, *Prisión por deudas*, p. 8 ss.; Bonini, Roberto, *La carcere dei debitori*, pp. 24 ss.

[5] Embora, dentro do paradigma que só reconhece a função manifesta, se afirme que "a medida sócio-educativa de internação não é pena" (Mousnier, Conceição, O Ato Infracional, Rio, 1991, ed. L Juris, p. 127), é inevitável que nela se perceba "uma resposta retributiva" (Mothé Fernandes, Márcio, Ação Sócio-educativa Pública, Rio, 1998, ed. L. Juris, p. 73), culminando-se por assinalar a evidente "similitude com as penas criminais"(Campos Vianna, Guaraci, *et alii*, Ensaios Críticos sobre Direito Penal e Direito Processual, Rio, 1995, ed. L. Juris, pp. 39 ss).

II. Leis penais manifestas, latentes e eventuais

1. As agências políticas formalizam seus programas de intervenção punitiva em leis adequadas às funções manifestas. De um ponto de vista formal, entende-se por lei penal aquela destinada a uma função dessa natureza. Porém se o direito penal ficasse no plano formal admitiria a derrogação da Constituição e de todos os princípios jus-humanistas: o legislador poderia eludir os limites normativos de hierarquia máxima, conferindo-lhe tão-somente, através de uma lei, funções manifestas diversas ou limitando-se a omitir o nome das penas.

2. Para evitar tal expediente é necessário construir o *conceito de lei penal* de modo que abranja: **a)** as *leis penais manifestas* (código penal, leis penais especiais, disposições penais em leis não-penais); **b)** as *leis penais latentes* que, com qualquer função manifesta não-punitiva (assistencial, tutelar, pedagógica, sanitária etc.) habilitem o exercício de um poder punitivo; quando elas são reconhecidas, devem passar a fazer parte do objeto de interpretação do direito penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do direito penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa, ainda que seja apenas para proclamar sua inconstitucionalidade; **c)** as leis restantes com função punitiva eventual são *leis penais eventuais* (ou *eventualmente penais*): aparecem quando o exercício do poder estatal ou não-estatal, habilitado por leis que não têm funções punitivas manifestas nem latentes, eventualmente (em alguns casos) pode ser exercido como poder punitivo, segundo o uso que delas façam as respectivas agências ou seus operadores (o exercício do poder psiquiátrico, do poder assistencial concernente a velhos, doentes ou crianças, do poder médico em tratamentos dolorosos ou mutiladores, do poder disciplinar quando institucionaliza ou inabilita etc.); são leis penais eventuais aquelas que habilitam a coerção direta policial, que adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso. Boa parte delas implica tal risco de eventualidade penal que o próprio legislador acaba por torná-las manifestamente penais para submetê-las ao controle e aos limites do direito penal: o caso mais notório é o direito penal dos negócios, e a razão deste cuidado extremo nessa área é que se o estado de polícia nela irrompesse desbarataria todas as relações econômicas.

3. As *leis eventualmente penais* também fazem parte do horizonte do direito penal e, em consequência, constituem material para a respectiva interpretação. Torna-se necessário precisar, com a maior segurança possível, os momentos punitivos de poder que habilitam para *excluí-los*, orientando as decisões das agências jurídicas às quais toca controlá-los através de *habeas corpus*,

mandados de segurança, *habeas data*, declarações de inconstitucionalidade ou ações internacionais. A incorporação dessas leis eventualmente penais ao objeto do direito penal é tão evidente que, em alguns casos, requer-se sua incorporação formal ao controle das próprias agências do sistema penal, de modo que só a jurisdição possa decidir quando o uso do poder falsamente"não-punitivo" que tais leis habilitam é legítimo, em razão da enorme dificuldade de determinação. É paradigmático, a este respeito, o caso da prisão preventiva, considerado com razão como pena antecipada (e erosão processual da pena)[6].

4. A interpretação é função de qualquer saber, porque todos interpretam os entes que abarcam em seus respectivos horizontes, dando lugar às teorias ou sistemas de compreensão. Quando afirmamos que o direito penal interpreta, não estamos assinalando um caráter estruturalmente diferencial deste em relação ao restante do direito nem tampouco do saber em geral. O caráter diferencial surge do objeto ao qual se devota e do fim que essa interpretação persegue. O direito penal não interpreta com meros fins especulativos, mas para orientar as decisões dos operadores judiciais, e o sistema de compreensão que ele constrói não é neutro (como em um puro pensar sistemático que busque eternidade e perfeição), mas sim corresponde a um objetivo político, previamente estabelecido (valorativo), que é a *contenção do poder punitivo para fortalecer o estado de direito*.

5. Entretanto, não se deve supor que a incorporação de todas as leis penais (manifestas, latentes e eventuais) ao horizonte do direito penal persiga decisões análogas em todos os casos, mas sim que estas se diferenciem segundo a natureza das leis penais de que se trate: **a)** no caso das leis penais manifestas, a interpretação orientará as agências para que limitem a seletividade da criminalização; **b)** no caso das leis penais latentes, a interpretação envidará esforços para que os juízes declarem sua inconstitucionalidade e arbitrem o necessário para a efetiva tutela dos direitos que tal poder punitivo lesiona; **c)** no caso das leis eventualmente penais, a interpretação procurará que os juízes identifiquem os momentos punitivos exercidos ao amparo delas, para excluí-los ou para proceder como no caso das leis penais latentes.

6 É sempre oportuno recordar as críticas de Carrara, *Opuscoli*, II, pp. 32 ss e VI, pp. 245 ss; sobre elas, De Benedetti, Isidoro, em *Fac. di Giurisprudenza della Un. di Pisa*, p. 755; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, p. 185; também Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopia*, p. 145; Rodriguez Ramos, Luis, em *La Ley*, Madri, 1987, v. 2°, pp. 1078 ss; Bovino, Alberto, *Problemas*, p. 169 ss; Fragoso, Heleno Cláudio, Jurisprudência Criminal, Rio, 1982, ed. Forense, pp. 433 ss; Pavarini, Massimo, em Zanoti, M., *Introduzione*, p. 323.

III. O problemático horizonte de projeção do direito penal

1. A partir de sua denominação mais usual, verifica-se que a pena delimita o horizonte de projeção do direito penal[7]. Mas a pena está muito longe de ser um conceito dotado de certa precisão[8]. Pelo contrário, pareceria que a sociedade industrial oculta-lhe até a própria etimologia, pois pena provém da latina *poena*, que tem por origem a voz grega *poné*, que corresponde a vingança, sentido que lentamente se foi acercando ao de dor, do *pain* inglês, através da dupla valência (ativa: castigar; passiva: sofrer)[9], até que, em alemão, abandonou-se *Pein*, e com isso a denominação de *peinliches Recht*[10], e passou-se a *Strafe* e a *Strafrecht*, para mencionar a pena e o direito penal respectivamente. *Strafe* apareceu apenas com a pena pública, ao redor do século XIII, e essa mudança não obsta a que em alemão sigam tendo um som quase idêntico *vingado* e *justo* (*gerächt* y *gerecht*)[11]. Embora mais distantemente, não pode ignorar-se a cercania com a palavra *pluma*, através da raiz sânscrita *pet-*, que sugere a ideia de *voar*, mas também de *precipitar-se*[12]. Parece que os gregos chamavam de *pharmakos* as vítimas humanas que eram sacrificadas – *precipitadas* – em momentos de crises para absorver as impurezas do ambiente, o que provocava um efeito farmacêutico[13]; a metáfora do *pharmakon* emprega-se em termos dialéticos para assinalar a ambivalência do veneno e do antídoto[14].

2. Este singular destino etimológico, muito pouco claro, é só o começo das dificuldades que causa a pena como delimitadora do horizonte do saber jurídico-penal. Impõe-se, porém, distinguir a pena de outras formas de coerção, sem o que não existe âmbito ou universo delimitado. Se nos limitarmos a reiterar tal afirmação sem distinguir a pena de outras formas de coerção, tere-

7 Cf. *supra*, § 1.

8 A respeito das disputas, inconsistências e falta de unidade sobre o conceito de pena, tanto na doutrina como na jurisprudência, Nagler, Johannes, *Die Strafe*; Schmidhäuser, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*; Maurach, Reinhart, em *Schuld und Sühne*, p. 26 ss.; Bockelmann, Paul, em *Heildelberg Jarbücher*, n° 5, p. 25 ss.; Noll, Peter, *Die ethische Bedeutung der Strafe*; Volk, Klaus, en ZStW, n° 83, 1971, p. 405 ss.; Vasalli, Giuliano, *Funciones e insuficiencias de la pena*, p. 339 ss.; Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil?*.

9 Cf. Castelli, Enrico *et alii*, *El mito de la pena*, p. 9.

10 Que era a que se atribuía ao saber penal na *Constitutio Criminalis Carolina* e no *Lehrbuch* de Feuerbach.

11 Cf. Wiesnet, Eugen, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, p. XV; sobre a origem grega segundo Benveniste, Messuti, Ana, *El tiempo como pena y otros escritos*, p. 17.

12 Cf. Roberts, Edward A. – Pastor, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo*, p. 132.

13 Boff, Leonardo, em Discursos sediciosos, n° 1, 1996, p. 101.

14 Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza*, p. 37 ss.

mos muito pouco a dizer. Todo saber é particular, porque constitui um conjunto de conhecimentos parciais: não existe ciência que pretenda dedicar-se a todos os entes. A ontologia é filosofia e trata do ser dos entes, embora não destes em particular e sim daquilo que lhes é comum. Apesar de ser a realidade contínua e dinâmica, o saber humano não pode fazer outra coisa senão parcializar para conhecer, escolher um conjunto de entes e centrar sua atenção apenas neles, porque qualquer outra aspiração totalizante é irrealizável. Como produto de uma parcialização, os conhecimentos científicos são provisórios e abertos, e pressupõem a parcialidade proveniente de sua origem. Por isso é sempre necessário estabelecer o horizonte de projeção antes de ensaiar o sistema de compreensão: torna-se mister saber o que nos perguntaremos, antes de começarmos a fazê-lo.

3. A parcialidade, porém, determina a provisoriedade, porque à medida que nos perguntamos pelos entes de um universo ou horizonte percebemos que urgem novas delimitações: os sistemas de compreensão fazem espocar os horizontes de projeção e, assim, avança-se na dinâmica do conhecimento em todos os saberes. Não obstante, não se deve pensar que se trata de processos internos de cada saber na forma de compartimento, mas sim que os contatos e relações com outros saberes e com o próprio poder o impulsionam, pois o novo paradigma continua sendo um saber-poder; sucede que o poder que promove uma revolução em uma ciência não pode evitar o paradoxo de causar com isso algo parecido nas demais, o que nem sempre resultará funcional. Felizmente tal fato – como fruto da ineludível parcialização do saber – é inevitável e, assim, garante a dinâmica do conhecimento. O paradigma causal da pena caiu como consequência da revolução *quântica* na física, pois em sua queda a física newtoniana arrastou o positivismo filosófico e seus burdos reducionismos e, com isso, o conceito mecânico neutralizador da pena. O paradigma etiológico em criminologia entrou em crise com a derrocada do reducionismo biológico e do spencerismo, cujo racismo entrou em colapso depois de sua assunção pelo nacional-socialismo.

IV. Direito penal e modelo de estado de polícia

1. Com a afirmação de que a pena proporciona o horizonte de projeção do direito penal e de que seu universo deve abarcar a legislação manifesta, latente e eventualmente penal, indica-se sua *forma de delimitação,* mas *não a própria delimitação em si, que se faz precisar com o conceito de pena.* Para estabelecer o que é a pena foram enunciadas numerosas teorias, as quais lhe conferem uma função manifesta, diferenciando-a de outras formas de coerção

estatal. Para todas estas teorias a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém[15]. A complexa lista de funções diferenciadoras positivas se completa com teses contraditórias e incompatíveis entre si. Cada *teoria positiva da pena* lhe confere uma função manifesta diversa. Esgotaram-se, praticamente, todos os caminhos lógicos para argumentar que a pena tem uma função racional: a função manifesta mais difundida nos últimos anos é a simbólica[16], que não passa de mais uma função positiva. Cada um desses caminhos pôde produzir um horizonte e um sistema de compreensão do direito penal: *toda teoria positiva da pena proporciona um paradigma para o saber penal*[17]; pretender que a única coisa que interessa é a dissuasão normativa, prescindindo da pena, não tem sentido[18]. De cada teoria positiva da pena (e da consequente legitimação do poder punitivo através dela) pode-se derivar uma teoria do direito penal. Trata-se de uma consequência lógica: de cada discurso legitimante se deriva uma função e um horizonte. Por conseguinte, as omissões dedutivas e as contradições dos autores em particular não o invalidam, sendo apenas prova de sua própria incoerência. Não o invalidam tampouco os ensaios de justapor elementos teóricos incompatíveis para ultrapassar um beco sem saída.

2. *Não é possível precisar o conceito de pena sem examinar bem mais de perto a função política do direito penal, o que não é factível sem aprofundar a ideia de estado de polícia e de estado de direito. Polícia* significa etimologicamente *administração* ou *governo*, de modo que o *estado de polícia* é aquele regido pelas *decisões do governante*. Pretende-se, com certo simplismo, estabelecer uma separação cortante entre o estado de polícia e o de direito: entre o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O

15 Apesar disso, é impossível deixar de reconhecer que a pena é um mal, pois priva de bens jurídicos (cf. Bockelmann, p. 2; Maurach, p. 5; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Wolf, Paul, *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, p. 59 ss.).

16 Sobre isto, por todos, Melossi, Darío, em DDDP, 1, 1991, p. 26.

17 Cf. Schmidt, Eberhard, em Radbruch-Schmidt-Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, p. 28; Bacigalupo, Enrique, *Principios*, p. 7; a tradição parece remontar aos práticos (cf. Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal*, pp. 56-57); um dos poucos autores que relativizam esta afirmação quanto à teoria do delito é Stratenwerth, Günther, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*

18 Em tal caso não se explica por que se aplicam as penas (cf. Scheerer, Sebastian, Conversações *abolicionistas*, p. 226).

primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça *substancialista*; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça *procedimental*. A tendência substancialista do primeiro o faz pender para um direito *transpersonalista* (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc.); o procedimentalismo do segundo, para um direito *personalista* (para os humanos)[19]. O primeiro é *paternalista*: considera que deve castigar e ensinar a seus súditos e, inclusive, tutelá-los ante suas próprias ações autolesivas. O segundo deve respeitar todos os seres humanos por igual, porque todos têm uma consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível, e, quando articular decisões de conflitos, deverá fazê-lo de modo a afetar o menos possível a existência de cada um, conforme seu próprio conhecimento: o estado de direito deve ser *fraterno*.

3. Ambos os modelos são ideais. É possível descobrir na história uma tendência ao progresso do estado de direito, mas ele sofre marchas e contramarchas e sua realização em conformidade com o modelo ideal cumpre uma função axial. O simplismo não consiste em distinguir os modelos para esclarecer os respectivos objetivos, mas em ignorar a história e pretender que o estado de direito tenha surgido, com a Constituição da Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime.

4. A Constituição da Virgínia não aboliu a escravidão: os norte-americanos consideraram estrangeiros os negros e trataram de mandá-los a uma colônia na África ou no México[20], inclusive Washington e Lincoln, e à Revolução Francesa deve ser computado o terror, tendo em poucos anos desembocado num império. Observou-se com razão: "*Não importa que a doutrina corrente, ao começar com o estudo da polícia, dedique ao estado de polícia necrológios bem intencionados, porque ao longo de sua exposição esse estado ressuscita, e embora o estado de direito seja decisivamente defendido, na doutrina da polícia deste mesmo estado deparamos com um estado estranho ao direito*"[21]. A positivação dos direitos humanos em nível internacional constitui um extraordinário esforço universal em favor do estado de direito. A luta pelo estado de direito continua, no entanto, em todo o planeta, mesmo nos países que parecem estar mais próximos do modelo ideal, até hoje não-consumado.

5. Frente aos conflitos, as atitudes do estado de direito e do estado de polícia são com clareza antagônicas, pois enquanto o estado de direito pretende

[19] Cf. Mayer, M. E., *Filosofía del derecho*, p. 156.
[20] Sobre isto, Ginzberg, Eli – Eichner, Alfred, *El negro y la democracia norteamericana*, p. 70 ss.
[21] Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, p. 325.

resolver os conflitos sociais e, por conseguinte, suas agências são concebidas como provedoras de soluções, o estado de polícia deseja suprimir os conflitos e, portanto, suas agências são concebidas como realizadoras da vontade supressiva. As agências jurídicas do primeiro tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo, o respeito à vontade hegemônica. As tendências extremas se exemplificam com alguma ditadura genocida e algum governo constitucional, mas se omite que em todo estado de direito histórico (real) ocorrem progressos e retrocessos: *em qualquer tipo de poder político institucionalizado em forma de estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e lutam, como ingredientes que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico*. O estado de polícia não desaparece porque cada agência pretende estender seu poder até o arbítrio, porque a competitividade é inerente à dinâmica do poder e ao estímulo para eludir as regras estabelecidas. Há estados cuja engenharia institucional permite um jogo maior de freios e contrapesos, sendo mais difícil que as agências entrem em disputa burlando regras; no entanto, não acontece o mesmo quando os poderes de controle recíproco estão mais desequilibrados. Tal coexistência se dá mesmo nas sociedades formalmente mais democráticas, sem que seja necessário apelar para os exemplos históricos em que as próprias regras foram diretamente negadas, como no uso mítico do *Führerprinzip* nacional-socialista ou da *ditadura do proletariado stalinista*, ou com a absolutização da *segurança nacional* sul-americana. Como em qualquer estado real encontramos combinados, em medida e forma diversas, elementos do estado de direito com outros do estado de polícia, em todo estado há sempre duas tendências: **a)** uma que visa conservar e reforçar o poder vertical arbitrário; **b)** outra que procura limitar e horizontalizar tal poder. A primeira buscará suprimir os conflitos disciplinando hierarquicamente os seres humanos, segundo a classe social, o gênero, a etnia, os rendimentos, a saúde, a opção sexual, a capacidade tributária etc. Se cada indivíduo se mantiver em seu nível hierárquico correspondente, não haverá conflitos. A segunda se inclinará a resolver os conflitos mantendo a paz social, consoante a soluções que satisfaçam às partes e atuem entre pessoas consideradas igualmente dignas. À tensão entre essas duas tendências corresponde que os direitos nunca se realizem completamente, cabendo falar-se de uma progressividade e de uma falta de rotundidade em sua formulação[22], e cabendo reconhecer que a força normativa da Constituição é dinâmica, e nunca ótima, que o direito constitucional deve ter por objeto os esforços no sentido de sua realização[23], e que definitivamente a tarefa do direito penal é inconclusa e aberta, um *unfinished*[24],

[22] Cf. Méndez Baiges, Víctor, em *En el límite de los derechos*, p. 110.
[23] Cf. Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição*.
[24] Sobre este conceito, Mathiesen, Thomas, *The Politics of Abolition*, p. 13 ss.

o que talvez explique a referência à *má consciência* do operador jurídico-penal e sua caracterização como *personagem trágico*[25].

6. O *exercício do poder punitivo* – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa) – *não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito*. A legitimação do poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes do estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito. Com a racionalização de suas funções manifestas e com a dissimulação do modo real de exercício do poder punitivo, este se legitima. As concessões de funções positivas ao poder punitivo (teorias positivas da pena) legitimam o poder real que é exercido com o pretexto de impor algumas escassas penas a certas pessoas vulneráveis, embora convenha reconhecer que esta função legitimante se cumpre através de graus significativamente distintos, segundo seja a função manifesta concedida: algumas impõem maiores limites ao poder punitivo (o chamado *direito penal liberal*, em todas as suas variantes), ao passo que outras lhe concedem funções manifestas claramente policiais, ao identificarem-se com esse modelo de estado (*direito penal autoritário*).

7. Embora não haja dúvida de que as teorias positivas da pena que legitimam em menor escala o poder punitivo (direito penal liberal tradicional)[26] são as preferíveis, convém observar que: **a)** elas não deixam de ser legitimantes do estado de polícia; **b)** do ponto de vista de sua coerência interna, elas costumam ser mais contraditórias do que aquelas que adotam, sem rodeios, a defesa do estado policial, expondo assim flancos mais débeis ao ataque autoritário; **c)** elas costumam gerar confusões, porque não podem ocultar a contradição que implica invocar o estado de direito para legitimar (ainda que seja parcialmente) um poder próprio do estado de polícia. É muito mais transparente renunciar a qualquer teoria positiva da pena, porque: **a)** todas elas legitimam de algum modo o estado de polícia; **b)** as funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provêm de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo em um número significativo deles; **c)** ocultam o modo real de exercício do poder punitivo e com isso o legitimam; **d)** só ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas.

[25] Cf. Dreher, Eduard, em *Fest. f. Bockelmann*, p. 45.

[26] É correta a observação de que não podem equiparar-se os dois discursos, cf. Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, p. 249.

§ 5. Direito penal e modelo de estado de direito

I. Delimitação do horizonte por uma teoria negativa da pena

1. Todas as teorias positivas da pena correspondem à seguinte estrutura argumentativa: atribuem à pena uma determinada função manifesta; atribuem ao direito penal a interpretação das leis que predispõem uma coerção ajustada a essa função (excluem as demais coerções predispostas em outras leis ou em nenhuma); a partir do relacionamento interpretativo das coerções com a função atribuída, as agências jurídicas decidem a seu respeito em cada caso, com exclusão de toda a restante coerção estatal. Isso traz duas consequências: **a)** Fica fora de seu horizonte toda a coerção estatal que não corresponder à função atribuída e que, por arbitrária definição, não for punitiva, ainda que materialmente o seja. Confunde-se o poder punitivo lícito com o poder punitivo puro e simples, porque não se dispõe de um conceito básico pré-legal ou constitucional do mesmo, que permita distinguir desde logo o lícito do ilícito. **b)** Como a função manifesta é considerada positiva, o estado tem o dever e o direito de estendê-la quantas vezes julgar necessário e conveniente, razão por que tal função não apenas serve para legitimar a pena e deduzir a teoria do direito penal, como também para deduzir todo um *direito penal subjetivo*, cujo titular seria o próprio estado[27]. Esta função atribuída, que se traduz num pretenso *jus puniendi*[28], é empregada para indicar às agências políticas até onde podem elas lançar mão dos elementos do estado de polícia.

2. Como as funções manifestas atribuídas pelas teorias positivas da pena foram enunciadas em quantidade e disparidade tais que as fizeram aparecer sempre múltiplas, contraditórias e incompatíveis, os "direitos penais subjetivos" delas deduzidos também o são. O fracasso do pretenso limite material ao *jus puniendi* tem como comprovação os ingentes esforços realizados no campo do direito processual, constitucional e internacional para rodeá-lo de limitações externas e formais, o que em nada se assemelha à regulamentação de um direito subjetivo, mas sim constitui um enorme arsenal normativo destinado à contenção de um poder: longe de regular um suposto *jus puniendi*, trata de conter uma

[27] Vasalli, Giuliano, *La potestà punitiva*, p. 16, sustenta que é um atributo da soberania; no mesmo sentido Manzini, nº 45; considera-o um dever Rocco, *Opere*, III, p. 150. Como postulado ideológico deduzido de valores absolutos, critica-o Novoa Monreal, Eduardo, *Cuestiones de derecho penal y criminologia*, p. 74; no Brasil, negam cabalmente a existência de um *direito penal subjetivo* Bruno, Aníbal, Direito Penal, Rio, 1959, ed. Forense, v. I, t. I, pp. 19 ss. e Batista, Nilo, Introdução Crítica, pp. 106 ss.

[28] Segue-se apelando a ele como um pretendido direito de defesa: assim, Eser, Albin-Burkhardt, Björn, p. 38.

potentia puniendi. Isso evidencia a impossibilidade de limitação material, mas a impotência não gera direitos subjetivos nem a debilidade legitima o poder.

3. Não se transpõe esse atoleiro com uma nova teoria punitiva, mas sim apelando para uma *teoria negativa ou agnóstica da pena*: deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar. A questão é *como obter um conceito de pena sem apelar para suas funções manifestas*. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo *através de suas funções latentes*, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade: a polêmica nesse sentido está aberta, constituindo um dos temas mais apaixonantes da criminologia, da macrossociologia e da política, pois a pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo[29]. Pouco se ganha apelando ao conceito sociológico de *controle social:* ainda que ele disponha de certa tradição em seu saber de origem, não é inequívoco e, de certa forma, não passa de ser uma denominação[30]. As únicas proposições que podem ser afirmadas acerca de suas funções latentes são: **a)** que se trata de um complexo heterogêneo; **b)** que diferem em razão dos conflitos sobre os quais são exercidas; **c)** que qualquer enunciado redutor desemboca no simplismo; **d)** que as funções latentes da pena não podem ser isoladas do desempenho total do poder punitivo e, por conseguinte, de seu exercício mais significativo e para o qual a pena é quase um pretexto: o poder de vigilância; **e)** que, em qualquer caso, o poder punitivo exercido com a pena constitui somente uma parte ínfima, tendo em vista as dimensões do poder de vigilância, do paralelo e do subterrâneo.

4. Pretender isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc. Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o

[29] Cf. Garland, David, *Pena e società moderna*, p. 332 ss.

[30] Sua origem na obra de E. A. Ross, *Social Control*; logo em Cooley, Charles Hooton, *Social organization*, e Thomas-Znaniecki, *The Polish Peasant*. Sobre isto, Horwitz, Allan V., p. 9 ss.; Gurvitch, Georges, p. 27 ss.; alguns autores o remontam a Ward e ao proprio Comte (assim, Köning, René, *Sociologia*, p. 73 ss.). Bergalli, Roberto, em *Rev. de Derecho Penal y Crim.*, 1992, p. 173 ss., sustenta que seu uso se expandiu com o estrutural-funcionalismo. Sobre sua utilidade, Pavarini, Massimo – Pegoraro, Juan, p. 81.

reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. *A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.*

5. Se não são conhecidas todas as funções que a pena cumpre (e menos ainda a totalidade do poder punitivo), porém se sabe que aquelas atribuídas pelo direito penal, mediante as teorias positivas, são falsas ou, pelo menos, não-generalizáveis, urge concluir-se que o adequado seria *procurar o conceito de pena delimitador do universo do direito penal por um caminho diverso de suas funções*. Descartada a via formal (porquanto ela acarretaria uma inusitada tautologia do poder: pena seria o que as agências políticas assim consideram), não resta outro caminho senão valer-se de dados ônticos. Não se trata de tentar desentranhar um *conceito ôntico* de pena em sentido pré-jurídico, mas de construir um conceito jurídico – e, por conseguinte, limitativo – que demanda referências ônticas, pois elas são as únicas capazes de dotá-lo de eficácia reguladora e limitante, de vez que, ao contrário, ficaria pendente do vazio, como o universo mecânico de Newton. Não se cria o normativo para limitar o normativo, mas sim para limitar uma conduta humana (dos protagonistas do conflito, dos juízes, dos funcionários etc.).

6. Ao incorporarmos as referências ônticas, podemos construir o conceito levando em consideração que *a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder[31] que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de *um conceito de pena que é negativo* por duas razões: **a)** não concede qualquer função positiva à pena; **b)** é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e,

[31] É óbvio que nem todo exercício de poder ou coerção é pena; esta confusão se atribui a Godwin (Farrel, Martín Diego, em *Contradogmáticas*, 4/5, p. 140), embora não pareça certo (cf. Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política*, p. 326 ss.).

por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como *desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante*.

7. Sem dúvida é assombroso descobrir a existência de numerosos atos de poder que não correspondem ao modelo reparador nem de coerção direta, mas sim privam de direitos ou provocam dor, e quase nunca são considerados penas. Convém observar que o poder, em matéria que com razão lhe é tão mais cara que outras, não só gera saber como também, com o maior zelo, condiciona o sujeito cognoscente, mediante um adestramento jurídico dirigido para a interiorização de discursos teóricos que ocultam o caráter de pena da maioria delas, as quais conseguem assim, por omissão condicionada dos operadores jurídicos, legitimação para sua imposição fora de qualquer hipótese delituosa e por decisão alheia à jurisdição. Como já se viu[32], o próprio discurso jurídico-penal encarregou-se, junto aos elementos legitimantes e orientadores, de elaborar os elementos negativos, através dos quais emprega considerável parte de seus esforços para racionalizar um retrocesso de seu poder direto, em vista de ter escolhido exercê-lo como poder de discurso, convertendo suas agências de poder nas únicas no mundo contemporâneo – caracterizado pela concorrência – que se esforçam para racionalizar o limite de seu próprio exercício. Um conceito negativo de pena tem o efeito discursivo positivo de acabar com seus componentes negativos, pois permite – mediante seus vínculos ônticos – evidenciar o poder punitivo em todas as suas dimensões. Não há dúvida de que a incorporação desse poder ao discurso do direito penal e, por conseguinte, ao controle e redução jurídicos, será uma tarefa lenta e difícil, quer para declará-los inconstitucionais, vedando-lhes espaços de abuso ou transigência, quer para incorporá-los às decisões jurisdicionais. Trata-se de um programa de luta pelo poder jurídico de limitação e redução, que se sintetizaria numa formidável pugna pela progressiva realização do princípio de subordinação máxima à lei penal. Ao abarcar o direito penal os casos de poder punitivo imposto à margem de qualquer lei ou exercido com abuso da habilitação legal, não exclui do conceito de pena as torturas, as ameaças, as vitimizações por parte do poder penal subterrâneo, como os sequestros e justiçamentos policiais etc., nem tampouco os agravamentos ilícitos de penas lícitas, como espancamentos disciplinares prisionais, maus-tratos, riscos de contágio, de suicídio ou de enfermidade física ou mental, de lesões, mutilações, violências sexuais etc. Todo esse exercício do poder punitivo é, sem dúvida, penal (são penas, ainda que ilícitas). Tal conceito implica adotar uma ideia ampla de pena, como categoria que permite ao direito penal distinguir entre penas lícitas e ilícitas mas o impede de ignorar a punitividade

[32] *Supra*, § 3.

das coerções ilícitas, o que traz consequências práticas para as decisões orientadoras de casos particulares[33].

II. Pena, coerção reparadora ou restitutiva e coerção direta

1. Dado que a pena é um conceito que se obtém por exclusão, torna-se necessário distingui-la muito precisamente das outras duas grandes formas de coerção estatal: da reparadora ou restitutiva e da coerção direta ou policial. A coerção reparadora ou restitutiva (modelo dominante no direito privado) tem uma função manifesta que, em linhas gerais, é verdadeira, ao passo que a pena não tem em todos os casos – nem sequer na maioria deles – nenhuma função manifesta em correspondência com a realidade. É possível objetar que a função manifesta da coerção reparadora ou restitutiva não corresponde à realidade, porquanto esta é restringida pelo limitado acesso à justiça do qual se ressentem amplas camadas da população. Mas isso assinala apenas um defeito operacional, de vez que seria possível e desejável ampliar o acesso à justiça. Não se pode argumentar que acontece a mesma coisa com a pena fundada em qualquer função manifesta que arbitrariamente se lhe atribua: enquanto que a ampliação do acesso à justiça é um bem desejável, inclusive até atingir toda a população, não se pode dizer nunca que a realização completa do programa de criminalização primária seja um bem, porque destruiria a sociedade, especialmente com a insólita amplitude que este programa ostenta nos estados contemporâneos, que com absoluta irresponsabilidade política o ampliam incessantemente. Ainda que seja utópica a total realização da função manifesta do modelo reparador ou restitutivo, é indubitável que o avanço em direção a essa meta melhoraria a coexistência, ao passo que o avanço da criminalização secundária em direção à impossível realização total do programa de criminalização primária aniquilaria a coexistência.

2. A diferença entre as duas coerções provém da díspar natureza *abstrata* dos modelos a que correspondem: ao passo que o modelo reparador ou restitutivo é de *solução* de conflitos, o punitivo é de *decisão* de conflitos (que de fato não resolve, mas, como já se disse, apenas suspende no tempo). A extensão do primeiro amplia o número de conflitos resolvidos e melhora a coexistência; a do segundo estende a margem de puros atos unilaterais do poder, resolve menos conflitos e deteriora a coexistência.

[33] Cf. Zaffaroni, E.R., em *Festkrift till Jacob W.F. Sundberg*, p. 469; também em *Derecho penal y criminología*, 1992.

3. Será explicado mais adiante[34] que a pena como coerção excludente da vítima firmou-se definitivamente entre os séculos XI e XII, porque antes os conflitos eram resolvidos por via reparadora (a composição). A composição era favorecida por uma consistente coerção na ameaça de guerra entre clãs. Ainda que não se possa falar de *delinquente* sem simultaneamente falar de vítima[35], o confisco da vítima despojou a pena de qualquer conteúdo reparador e limitou a reparação ao direito privado[36], onde não pode ser obtida quando o demandado não possua bens. A pena poderia recuperar um pouco de legitimidade como sanção reparadora caso fosse ela reduzida a uma coerção que impusesse a reparação[37], mas esta tendência, quase imperceptível na legislação vigente nacional até recentemente, está nela circunscrita às infrações penais que a Constituição da República designa como "de menor potencial ofensivo" (art. 98, inc. I CR), sendo um pouco mais ampla na legislação comparada, associando benefícios aos esforços reparadores, devolvendo algum protagonismo à vítima[38], como forma de obviar os aspectos mais irracionais do confisco[39]. De qualquer maneira isso não é muito fácil nas sociedades atuais de acentuada estratificação, embora não exista sociedade na qual todos os conflitos sejam solucionados.

4. Toda administração demanda um poder coercitivo que lhe permita executar suas decisões. Tal poder é exercido de diversas maneiras. As mais comuns são as que se fazem através de: **a)** execução subsidiária do ato omitido pelo particular (efetiva-se sobre seu patrimônio); **b)** multas coercitivas; **c)** coerção direta. Esta última é aquela de mais complexa delimitação em relação à pena. A coerção direta implica uma intervenção na pessoa, ou em seus bens, que pode ter efeitos irreversíveis. É empregada ante um iminente perigo de lesão, ou porque urge interromper uma que se acha em curso. Pouco importa que o risco dependa, ou não, de uma ação humana, ou mesmo seja esta delituosa etc.: seu pressuposto é a mera existência do perigo. **a)** Os administrativistas postulam a respeito teorias que não diferem em substância das que o direito penal emprega para a defesa e a necessidade. **b)** O esforço do estado de polícia em criar um conceito de *ordem pública metajurídica* acha-se hoje desacreditado, porquanto se considera que no estado de direito a ordem pública é sempre jurídica: deve

[34] *Infra*, § 16.

[35] Cf. Moreno Hernández, Moisés, em *Teorías actuales en el derecho penal*, p. 355.

[36] Hogenhuis, Stijn, *The disappearance of a victim-position*, em *The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective*, p. 167.

[37] Neste sentido é evidente a contradição com a mediação e a diversão (cf. Messner, Claudius, *Recht im Streit, Das Jugendstrafrecht, die alternativen Sanktionen und die Idee der Mediation*).

[38] Sobre isto, a compilação do Maier, Julio, *De los delitos y de las víctimas*; Bovino, Alberto, em *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 15, 1998, p. 28.

[39] Sobre a consideração da vítima como "não pessoa", Messuti de Zavala, Ana, em *Rivista Internazionale di Filosofía del diritto*, nº 3, 1994, p. 493.

referir-se a interesses ou direitos, individuais ou coletivos (mesmo difusos), mas sempre jurídicos e concretos. A nebulosidade metajurídica de uma ordem pública não-jurídica equivale à pretensão penal de sancionar ações pelo mero fato da violação do dever, eludindo a lesividade. **c)** A pretensão de estender a coerção direta, a fim de prevenir os perigos antes que ocorram, tampouco difere muito do que se pretende fazer em direito penal com o chamado *perigo abstrato* como suspeita de perigo ou como perigo de perigo[40].

5. Os três aspectos assinalados demonstram que a coerção direta requer um estrito controle jurisdicional para evitar que se converta num agente teórico do estado de polícia. Os esforços da doutrina jurídica nesse sentido – imensos, aliás, muito embora insuficientes – consistem principalmente na exigência de revisão jurisdicional, reconhecimento de interesses difusos, responsabilidade do estado pelos excessos, facilitação de procedimentos urgentes etc. Se a coerção direta não é imediata ou instantânea (se a execução não coincide com o ato administrativo que a dispõe) os problemas são menores, porque existe, em tese, a possibilidade de revisão jurisdicional. Riscos de injustiça surgem quando a coerção não admite qualquer solução de continuidade temporal com o ato que a dispõe, porque se isso acontecesse supostamente o perigo se concretizaria em dano ou o dano em curso se tornaria maior ou irreparável. A ideia de uma ordem pública nebulosa e metajurídica, a invocação arbitrária da necessidade, a dificuldade para precisar a proporcionalidade em cada caso e o frequente deslocamento do perigo de lesão para o perigo de perigo ou prevenção do perigo, são todas racionalizações das agências executivas para ampliar seu poder, o que implica um avanço do estado de polícia. Esta circunstância provoca um razoável temor por parte da doutrina penal ante a possibilidade de reconhecer que uma parte do poder submetido ao controle das agências judiciais não é realmente punitivo, mas sim mera coerção direta diferida. Costuma-se pensar que esse reconhecimento pode provocar um reclamo de concorrência por parte das agências executivas e, portanto, a consequente extração da hipótese ao controle judicial. Esse temor é neutralizado pela teoria negativa da pena, para a qual toda lei eventualmente penal faz parte do horizonte do direito penal e, por conseguinte, sua aplicação deve submeter-se ao controle das agências jurídicas. De qualquer

[40] Sobre isto, Agirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa;* sua origem em Mayer, Otto, t. II, p. 3 ss.; suas diferenças com o denominado "poder de polícia" em Carro, José Luis, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, p. 605 ss.; a crítica ao conceito de "poder de polícia" em Gordillo, Agustín, *Tratado*, t. 2, p. V-1 ss. Um panorama tradicional em Altamira, Pedro G., *Policía y poder de policía*; Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 355; Fiorini, Bartolomé, *Poder de policía;* AA.VV. Direito Administrativo da Ordem Pública, Rio, 1986, ed. Forense. O clássico trabalho sobre limites da coerção direita, Humboldt, Wilhelm von, *Los límites de la acción del estado*, p. 122.

maneira, é necessário analisar com atenção todas as hipóteses de coerção direta, bem como aquelas que, estando excluídas, participam de uma estreita vinculação eventual com o poder punitivo.

6. A coerção direta, como ingerência – na pessoa ou nos bens de um habitante – para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso, é um exercício de poder que tem uma explicação racional e que, portanto, se acha legitimado dentro desses limites. A coerção direta é frequentemente confundida com o exercício do poder punitivo; a legitimidade da primeira, dentro de seus próprios limites, costuma ser transposta, através de exemplos dos quais tal legitimidade ressalta inquestionavelmente (como o impedimento por intervenção policial de um estupro) para legitimar o segundo. Entretanto, a única possibilidade de confundir a coerção direta com o poder punitivo é falseando os pressupostos da primeira para usá-la como pretexto. Seja recorrendo ao exemplo do reboque compulsório de um carro estacionado em lugar proibido (que não passa de coerção direta para facilitar o trânsito), seja mencionando os dolorosos casos de resgate de reféns em poder de sequestradores (nos quais a coerção direta implica o emprego de força para interromper a continuidade da ofensa), essa confusão é explorada como argumento legitimante do poder punitivo. Já foi dito que a *coerção direta* pode ser *instantânea ou imediata*, ou *de execução diferida ou prolongada*. A coerção direta instantânea ou imediata não é outra coisa senão o estado de necessidade ou a legítima defesa convertidos em dever jurídico para o funcionário público. A autoridade administrativa competente tem o dever de intervir e sua coerção está legitimada dentro dos limites assinalados. *A partir, porém, do momento em que cesse o perigo, a coerção passa a ser punitiva, a menos que seja ela mantida para impedir o retorno imediato da situação perigosa.* A coerção que se exerce só para deter uma pessoa e submetê-la a um processo penal é punitiva. O uso de armas para deter o autor de um delito que foge e já não agride é ilícito, porquanto o conflito não se estabelece entre o bem jurídico que o sujeito atingiu e a vida, mas sim entre a vida e o interesse do estado em impor uma pena. Não há lei alguma que permita apenar *in situ* com a morte um delito já esgotado, nem que imponha pena de morte imediata pela mera desobediência. A morte em tais condições é um homicídio, e a pretensão de legitimá-la como coerção direta é uma racionalização para encobrir a pena de morte *in situ*. A proscrição constitucional da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, al. *a* CR) bem como uma adequada interpretação dos dispositivos legais concernentes ao ato da prisão, restringindo o emprego de força (art. 283 CPP) ao nível da resistência oferecida (art. 292 CPP), confortam este entendimento[41].

[41] Sobre a ilicitude de matar a polícia a quem deve prender, há um antecedente histórico legislativo extraordinariamente lúcido do século XV (Ordenações Afonsinas, II, VIII, 9 e 10); cf. Costa Júnior, Heitor, O controle da violência da polícia pelo sistema penal, em AA. VV. A Instituição Policial, pp. 83 ss; Verani, Sérgio, Assassinatos em Nome da Lei, Rio, 1991, ed. Aldebarã.

7. A coerção direta de execução diferida ou prolongada é a que se confunde mais frequentemente com a pena. Em regra, tende-se a legitimar a pena apelando para exemplos de delitos praticados em forma grupal e contínua, como o terrorismo ou a criminalidade dos negócios ou empresarial. Tal atitude é influenciada pela utopia social que imagina um poder punitivo que reverta o que até hoje aparece como caráter estrutural do mesmo (sua seletividade), assim como – e talvez principalmente – pela confusão conceitual entre coerção direta e pena. A respeito desta confusão, cabe insistir em que enquanto uma atividade lesiva perdurar a força empregada para detê-la não constitui pena, mas sim coerção direta. Um empreendimento criminal é uma atividade grupal compartilhada cuja continuidade deve ser interrompida pelo estado, de modo que enquanto seu poder estiver voltado para esse objetivo temos coerção direta e não punição. Em tais casos, a criminalização secundária pode ter o efeito de representar *materialmente* uma forma de coerção direta, pelo menos até o momento em que se interrompa a atividade grupal. Qualquer que seja o título ou denominação a ser invocado para seu exercício, o dado de realidade determinante será que se trata de um poder exercido para a interrupção da atividade grupal delituosa. Deve-se ter presente, porém, que, em qualquer caso, a partir do momento em que se desbarate a atividade grupal, ou no qual cesse ela espontaneamente ou, por qualquer razão, seja interrompida sem o perigo de retorno iminente, o poder que continuar sendo exercido sobre as pessoas envolvidas será poder punitivo e deixará de cumprir uma função limpidamente determinada.

8. Trata-se de um campo em que o poder punitivo e a coerção direta podem ser confundidos com facilidade, a ponto da segunda passar quase imperceptivelmente a converter-se no primeiro, motivo pelo qual se torna indispensável que ela seja sempre matéria integrada ao direito penal, bem como seja sempre exercida dentro dos limites e garantias deste. De modo inverso, esta coerção direta é o agente ideológico perfeito para reduzir a função limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes mais autoritários do estado de polícia. Figuras como o agente provocador, o funcionário delinquente (agente infiltrado), o participante delator (arrependido), e até a tortura têm espaço na legislação penal e processual através de argumentos de necessidade próprios da coerção direta. A respeito disso, invoca-se a teoria da necessidade (própria da coerção direta), estendendo-a a toda a criminalização. Verificar-se-á que *a confusão entre coerção direta e pena é o ardil do estado de polícia para acabar com o estado de direito, adotado desde a consolidação do poder punitivo nos primeiros séculos do segundo milênio, e que se reitera em cada renovação argumentativa da emergência: a inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta.*

9. *A legislação que habilita coerção direta diferida é eventualmente penal*, pois sempre diz respeito a um poder que pode ser usado nos casos concretos como pena. As agências políticas não têm observado este cuidado em todas as suas leis quando se trata da liberdade ou de outros bens pessoais, mas o observam de modo bastante estrito quanto ao patrimônio, em especial o societário. Isso vai ao encontro do fato de que se o terrorismo próprio do estado de polícia irrompesse nesse âmbito provocaria uma estrepitosa fuga de capitais e desbarataria todas as relações econômicas. Por essa razão, muitos dispositivos do direito penal dos negócios são formas de coerção direta (do mesmo modo que outros são sanções reparadoras ou restitutivas e outros são multas coercitivas). A liquidação de uma sociedade é uma nítida forma de coerção direta, do mesmo modo que a intervenção nela (a menos que persiga um fim reparador). Também o são as cassações de licença, permissões ou concessões, porque tendem a impedir a continuidade lesiva. O confisco dos benefícios societários ilícitos tem uma finalidade restitutiva ou reparadora: o estado assume a representação de interesses difusos ou coletivos, quando não é o próprio fisco que se paga por este meio.

10. Uma das emergências que fazem as agências políticas habilitarem a introdução de componentes inquisitórios próprios da coerção direta (para exercer indiscriminadamente a própria coerção direta ou o poder punitivo) é o discutido conceito de terrorismo. Algumas tendências autoritárias pretendem usá-lo de modo difuso para controlar dissidências e mesmo para estabelecê-lo a partir do estado, mas outras aspiram a conceituá-lo com sincera preocupação, apesar de ninguém conseguir precisá-lo. Em linhas bastante gerais, e dentro daquela nebulosidade que parece querer abarcar essas diversas tendências, a continuidade do terrorismo, compreendida grupalmente e que se prolonga indefinidamente, tem pontos comuns com outras atividades delituosas. A prisonização de membros do grupo é uma coerção direta, que não detém de imediato a atividade do grupo mas sim que o vai debilitando até conseguir esse objetivo. Não obstante, como tal objetivo pode tardar indefinidamente, não seria viável uma coerção direta também indefinida exercida sobre pessoas, individualmente, em razão da atividade desenvolvida pelos demais. Enquanto a atividade continuar, a prisonização de membros do grupo será coerção direta; a partir do momento em que cessar a atividade, tal prisonização será mero poder punitivo; se, ao contrário, se esgotasse a prisonização antes que cessasse a atividade do grupo, esta teria, na realidade, funcionado como limite racional para a coerção direta.

11. A função de coerção direta que a atividade punitiva desempenha nesses casos não pode ser confundida com a função manifesta de prevenção geral negativa, enquanto teoria positiva da pena. A prevenção geral negativa pretende funcionar *ex post facto* e referir-se a uma atividade futura que não se empreendeu nem tampouco se sabe se será empreendida; a coerção direta funciona *in facto* e se refere a uma atividade em vias de realização. O ilusionismo do estado de polícia se vale da emergência penal, elevando qualquer risco culturalmente crível à categoria de mal cósmico, a fim de transformar ideologicamente todo o exercício do poder punitivo *ex post facto* em poder de coerção direta *in facto*. Não existe o risco de que o reconhecimento da natureza de coerção direta desse poder o subtraia do direito penal e das agências jurídicas. A experiência histórica e cotidiana mostra o nítido caráter de lei eventualmente penal em todas aquelas que o habilitam. Daí o fato de que a racionalidade da coerção direta deva ser sempre controlada por uma agência jurídica, e só a imediata ou instantânea poderá estar nas mãos das agências executivas (sem prejuízo do posterior controle de seu uso), mas em tais casos deverá reunir os requisitos da legítima defesa ou do estado de necessidade, que são disposições permissivas particulares que, na coerção direta, tornam-se imperativas para os funcionários. A própria Constituição da República trata de regulamentar de modo muito preciso, impondo limites especiais e temporais, especificando restritivamente as medidas cabíveis, e submetendo sua imposição ao Congresso Nacional, os poucos casos nos quais a coerção direta, diferida ou prolongada, fica nas mãos das agências políticas (arts. 136 a 141 CR). Também o direito internacional se posiciona na mesma direção: o artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) elimina qualquer dúvida acerca dos limites e do controle de racionalidade judicial daquelas medidas, no sentido de evitar que seu uso concreto passe a ser um exercício de poder punitivo. O controle de racionalidade durante o estado de sítio apresenta vários problemas, como o do poder executivo sonegar informações, baseado em razões de segurança. A via de controle adequada é o *habeas corpus* – que não pode ser suspenso, como ocorreu durante a ditadura militar, com a edição do Ato Institucional nº 5, em 1968 – e, à medida que os motivos invocados pelo executivo sejam constitucional e legalmente plausíveis e a restrição imposta não apareça como irracional devido a outras causas, a jurisdição deve evitar a neutralização do efeito coercitivo direto. Não obstante, a admissibilidade das razões de segurança é condicionada ao tempo e, por conseguinte, seu transcurso amplia o dever de informação por parte do executivo. Quando, apesar do transcurso do tempo, o executivo continuar sonegando informações precisas, o judiciário deve considerar que não possui os elementos necessários para controlar a racionalidade da medida e conceder *habeas corpus*.

12. Quanto à prisão preventiva, ela só poderá assumir eventualmente o caráter de coerção direta naqueles casos em que serve para prevenir a iminência de outro conflito ou evitar que perdure a atividade lesiva. A eventual prevenção da vingança que, em algumas situações excepcionais, pode implicar o exercício de poder do sistema penal, seria mais um caso de coerção direta de execução diferida ou prolongada, mas de nenhum modo poderia generalizar-se até converter-se em um argumento legitimante do poder punitivo ou, menos ainda, em uma teoria positiva da pena, porque não passa de uma função excepcional.

III. Elementos orientadores e teoria negativa da pena: o direito penal como provedor de segurança jurídica

1. Um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. Na mesma linha se coloca a dificuldade para construir uma teoria jurídica sobre um simples poder que não admite outra explicação racional. Trata-se de saber se é possível programar decisões jurídicas acerca de um poder que não está legitimado ou que, pelo menos, não conseguimos legitimar univocamente nem em toda sua extensão. O direito penal não tem como tarefa a legitimação de toda a criminalização e menos ainda do conjunto vastíssimo do poder punitivo (negativo ou repressivo, subterrâneo e paralelo, positivo ou configurador), mas sim *legitimar apenas a única coisa que realmente pode programar: as decisões das agências jurídicas*. Estas não possuem o poder de criminalização primária (exercido pelas políticas) nem o da secundária (exercido pelas executivas, junto a todo o resto do poder punitivo). Portanto, *o único exercício de poder que o direito penal pode programar não deve exceder o âmbito do reduzido poder jurisdicional exercido sobre a criminalização secundária*. Não possuem as agências jurídicas tampouco poder para neutralizar a enorme potência das restantes agências do sistema penal nem para substituir os modelos punitivos de decisão de conflitos por modelos de solução efetiva dos mesmos. No marco de um imenso exercício de poder não-legitimado por sua racionalidade, as agências jurídicas só podem decidir acerca da submissão de pouquíssimas pessoas, mais ou menos arbitrariamente selecionadas, geralmente em função de estereótipos e inabilidades (obras toscas) que favorecem seu protagonismo conflitivo.

2. Os operadores das agências jurídicas devem tomar decisões nesses casos, porque se não o fizerem o poder restante do sistema penal se estenderia sem limites e arrasaria todo o estado de direito. Esse dever decisório constitui sua função jurídica e, como tal, será racional se exercido à medida que seu próprio poder o permitir, bem como se orientado para a limitação e contenção do poder punitivo. *Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.*

3. O modelo de um ramo do direito como programação de um exercício de poder que está legitimado à medida que sofreia, limitando ou reduzindo, o exercício de outro poder que não se acha legitimado, não é original no quadro geral do saber jurídico, mas foi precedido em boa parte pelo direito internacional

humanitário, que se baseia principalmente nos Tratados de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais. A partir da Carta da ONU, a guerra constitui um exercício de poder não-legitimado, mas nem por isso ela deixou de existir: apenas a sua consideração como fato de poder torna superada a velha disputa sobre a guerra justa[42]. Não é o saber dos juristas que suprime os poderes ilegítimos, porquanto circunscrito a suas próprias agências[43]. No caso do direito internacional humanitário, é evidente que seus órgãos de aplicação – sobretudo a Cruz Vermelha Internacional – não têm poder para evitar nem deter as guerras, mas sim para limitar e conter parte de sua violência, e isto é justamente o que fazem e a única coisa que deles se pode exigir que façam. Ninguém duvida da legitimidade nem da racionalidade do direito internacional humanitário, precisamente porque se trata de um programa de limitação e redução de um acontecimento de violência irracional e deslegitimado. Seria irracional exigir-lhe o impossível, isto é, que programasse o desaparecimento das guerras da face da Terra.

4. A ideia de que a pena é extrajurídica e se assemelha à guerra[44] não é nova. No Brasil do século XIX, ela foi defendida por um dos mais criativos e intuitivos penalistas latino-americanos, ao afirmar com toda clareza que "o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político", acrescentando: "quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra"[45]. O direito penal apresenta, nesta linha, um modelo semelhante ao do direito humanitário, quando se tenta construí-lo a partir de uma teoria negativa de toda função manifesta do poder punitivo e agnóstica a respeito de sua função latente: a pena (e todo o poder punitivo) é um fato de poder que o poder dos juristas pode limitar e conter, mas

---

[42] Sobre isto, Alberdi, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, p. 25; sobre a relação entre guerra e política, o clássico é Clausewitz, Karl, *De la guerra*, I, p. 51 ("*guerra como simple continuación de la política por otros medios*"); a inversão da fórmula em Foucault, *La volonté de savoir*, p. 13.

[43] Desde sempre reconheceu-se um vínculo entre a guerra e a legítima defesa e o mister de limitá-la; por todos, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, X, II, *Oeuvres*, t. I, p. 182; os autores de direito internacional público destacaram sua condição de calamidade ou flagelo atroz, e a necessidade de encerrá-la minimamente em um marco jurídico; cf. Giorgio del Vecchio, *El fenómeno de la guerra y la idea de la paz*, p. 10.

[44] Na atualidade, como uma espécie de guerra civil em miniatura ou sociedade em guerra consigo mesma, caracteriza a pena Garland, David, *Pena e società moderna*, p. 338.

[45] Barreto, Tobias, em Obras Completas, pp. 149 e 151 (o trabalho data de 1886, sendo publicado como apêndice à 2ª edição de *Menores e Loucos*; a 1ª, Rio de Janeiro, 1884, não o inclui). Sobre este autor, Lyra, Roberto, *Direito Penal Científico*, p. 29; Lima, Hermes, *Tobias Barreto (A época e o homem)*; Costa Junior, Heitor, *Tobias Barreto*, em RDP, nº 31, p. 97; Mercadante, Paulo – Paim, Antonio, *Tobias Barreto na cultura brasileira. Uma reavaliação*; Losano, Mario G., em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 370; Silveira, Junot, *O romance de Tobias Barreto*; Lyra, Roberto, *Tobias Barreto. O homem pêndulo*; Luiz Antonio Barreto, *Tobias Barreto*.

não eliminar. Uma teoria do direito penal que o programe para limitar e reduzir[46] o poder punitivo até o limite do poder das agências jurídicas é racional porque se orienta para o único objetivo possível dentro de seu âmbito decisório programável. Não se pretende legitimar o poder de outros, mas *legitimar e ampliar o poder jurídico*, o único cujo exercício é capaz de ver-se orientado, tendo em vista que as agências jurídicas não dispõem diretamente de qualquer outro.

5. O direito penal, como programação limitadora e redutora do poder punitivo exercido por agências não-jurídicas, cumpre uma fundamental *função de segurança jurídica*: esta é sempre *segurança dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes*[47], e tais bens correriam gravíssimo perigo se não existisse uma ação programada e racional das agências jurídicas (direito penal), cuja tendência fosse limitar o exercício do poder punitivo, o qual, de outro modo, avançaria sem limites para a tortura, o homicídio, a extorsão, o saque etc., destruindo o próprio estado de direito (ou simplesmente o estado: o estado de polícia puro tampouco existe na realidade, porquanto acaba sendo uma ficção na qual se amparam grupos que disputam o monopólio dos crimes mais graves).

6. O direito penal tutela os bens jurídicos de todos os habitantes à medida que neutraliza a ameaça dos elementos do estado de polícia contidos pelo estado de direito. Já o poder punitivo não tutela os bens das vítimas do delito, pois, em essência, ele é um modelo que não se dedica a isso, mas que, ao contrário, confisca o direito da vítima: se nenhuma outra área jurídica proporciona essa tutela, a vítima deve tolerar o resultado lesivo de um conflito que fica sem solução[48]. *As teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o consequente direito do estado a desprotegê-la*. A invocação da vítima é discursiva, mas o modelo a abandona sem solução. Com uma teoria negativa da pena sua falta de proteção fica a descoberto, torna-se evidente que não se tutelam seus direitos e é possível atenuar sua orfandade jurídica

[46] Para a analogia com o direito internacional humanitário, Durand, André, em *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1981, Genebra, p. 57 ss.; Fernández Flores, José Luis, *Del derecho de la guerra*, p. 559. As cifras impressionantes de crianças e trabalhadores feridos ou mortos durante incursões policiais nas favelas do Rio ou nas comunidades pobres periféricas de São Paulo deveria advertir-nos para sua correspondência com a chamada "guerra total", explicitamente condenada em documentos internacionais do direito humanitário (cf. Albuquerque Mello, Celso D., Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio, 1997, ed. Renovar, p. 330).

[47] A respeito dos distintos conceitos de "segurança jurídica", com base na obra de Max Rümelin, Polaino Navarrete, Miguel, 1996, p. 299. Sobre isto, v. *infra* § 8.

[48] Com razão foi posto em dúvida, na perspectiva legitimante tradicional, que possa haver racionalidade numa instituição penal (assim, Zolo, Danilo, em *Diritto penale, Controllo di razionalità e garanzie del cittadino* a cura de Mauricio Bosciu, p. 244).

(proibição de dupla vitimização: programar os elementos orientadores de modo que não agravem e, dentro do possível, aliviem a situação da vítima), não porém evitar cabalmente seu abandono, porque para isto seria mister suprimir o modelo punitivo, e o direito penal tem poder apenas para limitá-lo. Os próprios discursos que proclamam diversos fins manifestos das penas pretendem disfarçar a desproteção da vítima com algumas pequenas concessões, em geral mesclando a pena a outros modelos de solução de conflitos. Estas tímidas tentativas não têm muito êxito devido à acentuada incompatibilidade do modelo punitivo com os outros modelos de solução de conflitos e, além do mais, porque não cancelam o confisco do conflito para não renunciar ao modelo punitivo, ainda que convenha reconhecer sua importância paliativa e estimulá-las.

7. O direito penal baseado na teoria negativa do poder punitivo e da pena fica livre para elaborar elementos orientadores de decisões que reforcem a segurança jurídica, entendida como tutela dos bens jurídicos; não dos bens jurídicos das vítimas de delitos, que estão confiscados pela criminalização nos poucos casos em que incide (e completamente abandonados na imensa maioria deles, em que o sistema penal nem sequer opera), mas sim dos bens jurídicos de todos os habitantes, pois se não exercesse seu poder jurídico de limitação estes últimos seriam fatalmente aniquilados pelo poder ilimitado das agências do sistema penal, que acabariam monopolizando o crime e considerando delito qualquer resistência ao monopólio. Os próprios discursos legitimantes que reconhecem como função do direito penal a proteção de bens jurídicos[49] devem admitir que não se trata dos bens jurídicos das vítimas, cuidando de construir argumentos complexos, como o de que a pena tem efeito repressivo a respeito do passado e preventivo a respeito do futuro[50], que não se ocupa da vítima concreta, senão que, mediante a estabilização da norma, ocupa-se das futuras vítimas potenciais[51], que no homicídio não se afeta a vida de um homem mas sim a ideia moral de que a vida é valiosa[52] etc. Esses inconvenientes desaparecem quando se adota um critério de construção do direito penal que tenha como meta a *proteção de bens jurídicos (segurança jurídica), mas em lugar de cair na ilusão de que protege os bens das vítimas (ou os de eventuais vítimas futuras e por enquanto imaginárias ou inexistentes), assume o compromisso real de proteger os que são efetivamente ameaçados pelo crescimento incontrolado do poder punitivo.*

[49] Por exemplo, Ebert, Udo, *Strafrecht*, p. 2; Gropp, Walter, *Strafrecht*, p. 38; Wessels, Johannes – Beulke, Werner, 1998, p. 2; Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio e outros, *Lecciones*, p. 4 ss.

[50] Ebert, Udo, loc. cit.

[51] Gropp, Walter, p. 27.

[52] Sobre isto, Kargl, Walter, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 53 ss.

8. Assim, não é preciso buscar qualquer teoria positiva da pena nem do poder punitivo para obter, no direito penal, elementos orientadores próprios do direito penal liberal, que aprofundem a tradição iluminista e revolucionária (racionalista) da segunda metade do século XVIII e primeira do XIX, com a vantagem de evitar os componentes legitimantes do velho liberalismo (contratualismo) penal que, em germe, contêm o autoritarismo, já que qualquer legitimação parcial do poder punitivo é enganosa, porquanto sempre argumenta de maneira reversível. A reversibilidade argumentativa das legitimações parciais deriva do fato de que o direito penal liberal e o autoritário[53] constituem duas vertentes discursivas incompatíveis: **a)** o direito penal liberal trata de reduzir o poder punitivo, enquanto o autoritário busca ampliá-lo; **b)** o liberal procura aumentar o poder das agências jurídicas para fazer crescer sua capacidade de decisão redutora; o autoritário tenta ampliar o poder das agências jurídicas, mas só pelo exercício de um discurso legitimante do poder das agências não-jurídicas; **c)** o liberal reforça os componentes limitadores do estado de direito; o autoritário, as pulsões do estado de polícia que lutam por neutralizar tais limitações; **d)** o liberal tutela os bens jurídicos de todos os habitantes; o autoritário reconhece um único bem jurídico, que é o poder do governante; **e)** o liberal limita a tendência verticalizante (hierárquica e corporativa) da sociedade e permite a subsistência de vínculos horizontais (comunitários); o autoritário procura destruir os vínculos horizontais (comunitários) e verticalizar corporativamente a sociedade. *Quando o direito penal liberal adota elementos do direito penal autoritário, fica totalmente contaminado e neutraliza sua função limitativa: a isso obedece o fracasso de todas as tentativas de combinação ensaiadas e, particularmente, a do velho liberalismo penal racionalista.*

IV. Possíveis argumentos exegéticos contra a teoria negativa

1. As leituras que não superam a denotação semântica imediata das palavras legais e que vedam ao discurso todo dado da realidade ou do mundo têm eficácia nos segmentos jurídicos refratários à problematização dos conceitos. A partir de uma perspectiva similar seria possível refutar uma teoria negativa da pena e, por conseguinte, uma construção do direito penal nela alicerçada, objetando-lhe escólios baseados na legislação positiva de quase todos os países. Tomando como referência a legislação brasileira, tais argumentos se construiriam a partir da incompatibilidade da teoria negativa da pena com os critérios retributivo e preventista que o Código Penal preconiza à regência da aplicação

[53] Acerca dos modelos estatais liberal, autoritário e totalitário, Delmas-Marty, Mireille, *Modelos actuales de política criminal*, p. 57 ss.

da pena ("conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" – art. 59 CP), ou à finalidade de prevenção especial claramente adotada pela Lei de Execução Penal ("proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado" – art. 1° LEP), tudo isso fundado na garantia constitucional de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5°, inc. XLIX CR) reafirmada na lei (art. 38 CP).

2. *Não seriam tais argumentos de positivismo jurídico, mas sim de exegese jurídica*, porque, em certo sentido e em certa medida, toda aplicação da metodologia dogmática pode ser qualificada de *positivista*. Na realidade, por serem argumentos exegéticos, o diálogo fica interrompido porquanto devem eles ser remetidos ao plano metodológico: pressupõem que o direito penal é um discurso de pura análise exegética da lei e de construção sobre suas palavras, o qual não deve encarregar-se de nada referente à realidade nem indagar a si mesmo sobre suas consequências sociais, bem como não deve apoiar-se em nenhuma decisão política, nem voltar-se para sua própria funcionalidade. A resposta adequada não pode ser outra senão a objeção a seus pressupostos metodológicos.

3. Não obstante, e sem prejuízo de que seu tratamento em particular corresponda a outros temas, é necessário expor qual poderia ser a resposta dentro de uma concepção orientadora baseada na teoria negativa da pena. Essa resposta se utilizaria da interpretação progressiva da lei: se um conhecimento científico ou técnico demonstrar que a lei prescreve algo de impossível realização, ainda que não perca ela vigência, corresponde ao intérprete entendê-la da maneira mais próxima possível ao que prescrevia, adaptando-a contudo às contingências daquilo que o novo conhecimento admite ser viável. A história do encarceramento penal revela e um conjunto imponente de pesquisas empíricas, especialmente sobre reincidência de penitenciários, demonstra que nunca pôde a prisão – salvo casos excepcionais, estatisticamente irrelevantes – "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado", bem como que os efeitos degradantes da prisonização constituem precisamente o oposto do "respeito à integridade física e moral dos presos". Ou seja: as normas acima referidas conferem à prisão uma função que as ciências sociais comprovadamente declaram ser impossível. Neste caso, utilizando a interpretação progressiva, cabe adotar todas as cautelas para, de um lado, evitar que o pretexto de uma finalidade irrealizável acentue as características deteriorantes da prisonização e intervenha ficcionalmente nos critérios jurídicos centrais da excarceração, bem como, de outro, oferecer – e não impor – possibilidades de que os presos diminuam seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo.

Excursus: Modelos de discursos legitimantes do poder punitivo

§ 6. Referência às principais teorias

I. Necessidade de sua menção

1. Existem duas razões básicas que impedem evitar a menção dos discursos legitimantes do poder punitivo: **a)** Em primeiro lugar, porque *conservam vigência*, apesar de não serem atualmente enunciados em forma pura ou originária, mas em construções ecléticas que os justapõem, formulando-os sob novas formas enunciativas. A rigor, não há novos discursos legitimantes, mas sim novas combinações e formulações dos tradicionais. **b)** De sua visão conjunta, resulta uma clara disparidade – que nunca é de detalhe, mas dos próprios fundamentos – razão pela qual dá lugar a construções diversas e completamente incompatíveis. Isso evidencia escassa solidez fundamentadora e crise permanente no discurso. Na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem "racionalizar" qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que são apresentados. Um direito penal elaborado dogmaticamente, mas que termina em uma prática *tópica* (porque permite que o operador escolha primeiro a decisão e, depois, procure o fundamento), exibe o descumprimento da promessa dogmática de previsibilidade.

2. As distintas atribuições de funções manifestas à pena são variantes da função geral de *defesa social*[54]. Mesmo as construções que renunciam a todo conteúdo empírico ou pragmático (as chamadas "teorias absolutas") chegam à defesa social por via indireta. O maior esforço para negar à pena um fim qualquer foi empreendido por Kant, que não pôde entretanto evitar que seu conceito de pena estivesse permeado pela necessidade de conservar um estado ético no ser humano: sendo a ética pauta de convivência social, qualquer que seja o nome que se queira dar-lhe, a pena assim concebida também ganha cores de defesa social. Todas essas teorias se classificam de modo análogo desde 1830[55], e legitimam o confisco do conflito: tratam de racionalizar a exclusão da vítima do modelo punitivo. Por isso, pretendem *defender* (proteger, tutelar ou conservar) um ente que não tem nunca

[54] Como a defesa social através do exemplo, na velha obra de Carnevale, Manuel, *Crítica penal*, p. 139.

[55] A classificação parece originária de Bauer, Anton, *Die Warnungstheorie*, pp. 270-273; repete-se a partir de Röder, *Estudios*, p. 42 ss.; uma exposição moderna, embora incompleta, em Grupp, Stanley E. *Theories of Punishment*.

qualquer correspondência com os direitos da vítima, mas que pertence à *sociedade*, entendida de uma maneira organicista (ou antropomórfica) ou contratualista, dependendo da amplitude do poder punitivo legitimado, conforme debilite mais ou menos o estado de direito (ou permita maior ou menor avanço de elementos do estado de polícia). Nas versões legitimantes de um poder punitivo mais limitado, costuma-se falar de *segurança jurídica* em lugar de *sociedade*, o que remete a uma concepção não-organicista da sociedade.

3. Existem dois grandes grupos de modelos legitimantes do poder punitivo, constituídos a partir de funções manifestas da pena: **a)** o que pretende que o valor positivo da criminalização *atue sobre os que não delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção geral*, as quais se subdividem em *negativas* (dissuasórias) e *positivas* (reforçadoras); e **b)** o que afirma que o referido valor *atua sobre os que delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção especial*, as quais se subdividem em *negativas* (neutralizantes) e *positivas* (ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa). Cada uma das teorias abarcadas nesses grupos discursivos deve submeter-se à crítica, segundo duas perspectivas: **a)** a partir do que indicam os dados sociais a respeito da função concedida (*ciências sociais*); **b)** a partir das consequências de sua legitimação para o estado de direito (*política*). Em cada um desses conjuntos teóricos é necessário deter-se: **a)** na *função manifesta* atribuída à pena, dela deduzindo suas consequências quanto **b)** à *forma em que concebem a defesa social* por eles postulada (os valores que querem realizar socialmente), e **c)** *à essência do delito*, como contradição com tais valores e **d)** *à medida da pena* para cada caso.

4. Sem prejuízo das incorreções que a síntese impõe, o quadro geral das teorias e suas consequências pode ser delineado de acordo com o esquema que se segue.

(A) As *teorias absolutas* (cujo modelo é Kant) tendem a **a)** retribuir **b)** para garantir externamente a eticidade **c)** quando uma ação objetivamente a contradiga **d)** infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião).

(B) As teorias da *prevenção geral negativa* (cujos modelos são Feuerbach e Romagnosi) se aproximam das absolutas, quando pretendem **a)** dissuadir **b)** para assegurar os bens daquelas que poderiam ser futuras vítimas de outros, postos em perigo pelo risco de imitação da **c)** lesão aos direitos da vítima e **d)** por isso, carentes de retribuição na medida da injustiça e da culpabilidade pelo ato. Elas se acham ainda mais próximas em uma *segunda versão* que aspira à **a)** dissuasão para **b)** introduzir obediência ao estado, **c)** lesionado por uma desobediência objetiva **d)** apenada na medida adequada à retribuição do injusto. Distanciam-se elas das teorias absolutas em uma *terceira versão* na qual **a)** a dissuasão persegue **b)** tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos

bens daqueles que não são vítimas, c) o delito é um sintoma de dissidência (inferioridade ética) e d) a medida da pena deve ser a retribuição por essa condução desobediente da vida. Nas *três versões* a medida da pena é uma moderação da *exemplarização*.

(C) As teorias da *prevenção geral positiva*, em sua *versão eticizada* (cujo modelo é Welzel), a) reforçam simbolicamente internalizações valorativas do sujeito não delinquente para b) conservar e fortalecer os valores ético-sociais elementares em face de c) ações que lesionam bens e se encaminham contra esses valores (alguns atenuam o primeiro requisito até quase anulá-lo), as quais d) devem ser respondidas na medida necessária para obter esse reforço (que pode limitar-se como retribuição à culpabilidade eticizada). Em sua *versão sistêmica* (cujo modelo é Jakobs), elas a) pretendem reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social (criar consenso), a fim de que b) este possa superar a c) desnormalização provocada pelo conflito d) ao qual deve responder a pena, na medida necessária para obter o reequilíbrio do sistema.

(D) As teorias da *prevenção especial negativa* (cujo modelo é Garofalo) atribuem à pena uma função de a) eliminação ou neutralização física da pessoa para b) conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida c) por uma disfunção, que é sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder d) na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade.

(E) Essas teorias costumam ser combinadas com as *versões positivistas* das teorias da *prevenção especial positiva* (cujos modelos são Ferri, von Liszt, Ancel), que atribuem à pena a função de a) reparar a inferioridade perigosa da pessoa para b) os mesmos fins, c) diante dos mesmos conflitos, e d) na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc. (o chamado conjunto de *ideologias re*). As *versões moralizantes* (cujo modelo é Röder) atribuem à pena a) a função de melhoramento moral da pessoa para b) impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de c) ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e d) na medida necessária para superar essa inferioridade.

II. A função de prevenção geral negativa

1. A prevenção geral negativa, tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo[56]. Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenha a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrários a tal medida. Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo[57].

2. A partir da *realidade social*, pode-se observar que a criminalização pretensamente exemplarizante[58] que esse discurso persegue, pelo menos quanto ao grosso da delinquência criminalizada, isto é, quanto aos *delitos com finalidade lucrativa*, seguiria a regra seletiva da estrutura punitiva: recairia sempre sobre os vulneráveis. Portanto, o argumento dissuasório estaria destinado a cumprir-se sempre sobre algumas pessoas vulneráveis e estar sempre referido aos delitos que elas costumam cometer. Não obstante, *nem mesmo isso* seria verdadeiro, porque, inclusive entre pessoas vulneráveis e relativamente a seus próprios delitos, a criminalização secundária é igualmente seletiva, brincando de modo inverso com a habilidade. Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do deliquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

3. Com respeito a *outras formas mais graves de criminalidade*, o efeito de dissuasão parece ser ainda menos sensível: em alguns casos são cometidos por pesso-

[56] Em sua versão mais originária pode remontar-se a Püttman, pp. 257 a 272; no nazismo, A. E. Günther explicava o delito como desobediência à ordem ou autoridade do estado, restabelecida pela pena, funcionando como exemplo (cf. Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, p.133).

[57] Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, em *Journal of Political Economy*, vol. 76, nº 2, 1968; Stigler, George, *The optimun enforcement of laws*, *ibidem*, vol. 78, May/June, 1970; Cooter, Robert – Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, p. 543.

[58] Destacam as dificuldades ou impossibilidade de verificação Bustos Ramírez, Juan, p. 75; Köhler, Michael, *Über den Zusammenhang*, p. 42; consideram-na provada com argumentos de senso comum ou confundindo-a com a coerção direta, Gimbernat Ordeig, Enrique, *Ensayos penales*, p. 21; tempos atrás, Paz Anchorena, José M., *La prevención de la delincuencia*, p. 68.

as invulneráveis ("colarinho branco", terrorismo de estado); em outros, seus autores costumam ser fanáticos, não levando em consideração a ameaça da pena ou considerando-a um estímulo (ataques com recursos de destruição maciça); é também mais que duvidoso o efeito de dissuasão sobre pessoas que atuam motivadas por ganhos patrimoniais consideráveis (sicários, mercenários, administradores de empresas delituosas – "*crime as business*"), ou ainda em circunstâncias pouco propícias à reflexão sobre a ameaça penal (a maioria dos homicídios dolosos) ou finalmente onde ocorreram motivações patológicas (semi-imputáveis). As *únicas experiências de efeito dissuasivo do poder punitivo passíveis de verificação* são os estados de terror, com penas cruéis e indiscriminadas. Situações similares são conjunturais e, quando ocorrem, promovem tal concentração de poder que os operadores das agências tornam-se detentores do monopólio do delito impune, aniquilam todos os espaços de liberdade social e neutralizam as agências judiciais, suprimindo-lhes possibilidades de intervenção, tal como no Brasil de 1968 se deu com o Ato Institucional nº 5, que proibiu conhecessem os tribunais de *habeas corpus* em matéria de "segurança nacional".

4. É verdade que eventualmente, e em especial nos delitos de menor gravidade, a criminalização primária pode ter um efeito dissuasivo sobre alguma pessoa (existe alguém casado que não comete adultério *por causa* do art. 240 CP), mas esta exceção não autoriza a generalizar tal consequência, estendendo-a de modo arbitrário a toda a criminalidade estatisticamente significativa, inclusive a mais grave, onde sua comprovação empírica é completamente excepcional e nem sequer o próprio protagonista poderia afirmá-la com certeza. O êxito da teoria advém de sua pretensa comprovação por introspecção em infrações leves ou patrimoniais; esse procedimento, no entanto, não é metodologicamente correto: quem procede por introspecção não pode afirmar, a partir de seu *status* social e ético, se o efeito dissuasivo está na pena ou na estigmatização social devida ao fato em si. Isso se deve a que tal discurso parte da ilusão de um *pan-penalismo* jurídico e ético, que *confunde o efeito do direito em geral e de toda a ética social com o do poder punitivo*: em suma, tal discurso identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura. A imensa maioria das pessoas evita as condutas aberrantes e lesivas por uma enorme e diversificada quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada têm a ver com o temor à criminalização secundária. Existe uma prevenção geral negativa, ultrapassante do mero sistema penal[59] que é, porém, fruto da cominação de sanções éticas e jurídicas não-penais, assim como há um processo de introjeção de pautas éticas que não provém da lei penal.

5. É claro que não há convivência humana sem lei, mas a *lei* da convivência não é penal, mas sim ético-social e jurídica não-penal. Não se sustentaria uma sociedade cujos membros realizassem todas as ações que sabem não estarem criminalizadas,

[59] Cf. Rotman, Edgardo, *La prevención del delito*, p. 72.

bem como as que eles soubessem que não o seriam secundariamente (ou que teriam pouca probabilidade de sê-lo) por incapacidade operativa das agências do sistema penal. Portanto, não é a prevenção geral negativa que dissuade as pessoas ou conserva a sociedade: trata-se, sim, de uma *ilusão do penalismo* que identifica direito penal com cultura.

6. Quando uma catástrofe destrói ou altera profundamente todas as relações, às vezes torna-se necessário apelar para a prevenção geral dissuasiva através de medidas quase terroristas, em situações autorizadas pelas leis, que prevêm fuzilamentos exemplarizantes de ladrões em bombardeios, epidemias ou terremotos. Isto demonstra que não é a criminalização secundária ordinária que cumpre a função dissuasiva porque em tais casos, nos quais se aniquilam as verdadeiras bases sociais da dissuasão, não basta restabelecer o poder punitivo ordinário. Na prática, a ilusão da prevenção geral negativa faz as agências políticas elevarem os patamares máximos e mínimos das escalas penais e as judiciais – atemorizadas ante as agências políticas e as agências de comunicação – imporem penas irracionais a algumas poucas pessoas inábeis, que terminam levando a carga de todo o *mal social*. Trata-se de uma racionalização que acaba propondo aos operadores judiciais sua degradação funcional.

7. No *plano político e teórico* essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstância de que os crimes continuam sendo praticados. Assim, o destino final desse caminho é a pena de morte para todos os delitos[60], mas não porque com ela se obtenha a dissuasão, mas sim porque esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa. O intimidatório discurso exemplarizante, desenvolvido coerentemente até suas últimas consequências, desemboca no privilégio de valores como a ordem e a disciplina sociais ou em um generalizado direito do estado à obediência de seus súditos. Em um esquema dissuasivo levado até seus últimos limites, o delito perde sua essência de conflito no qual se ferem os direitos de uma pessoa e reduz-se a infração formal ou lesiva de um único direito subjetivo (do estado que exige obediência), com total esquecimento de que o estado é um instrumento de vida, e não um carcereiro ou um verdugo[61]. Por outro lado, a pena dissuade por intimidação (medo): o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que a sofre, mas sim da capacidade de ser atemorizada da outra. Por isso, deveriam as penas ser aumentadas na razão direta da frequência dos fatos pelos quais são impostas e vice-versa. A pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado, mas sim sua medida dependeria de fatos alheios. Em situações de crise econômica, os delitos contra a propriedade tendem a aumentar e, segundo a lógica dissuasória, as penas deveriam aumentar; ou

[60] Cf. Bettiol-Pettoello Mantovani, p. 826.
[61] Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, t. II, p. 641.

seja, para essa lógica, durante as crises econômicas as penas devem ser maiores para os mais prejudicados. A lógica da dissuasão intimidatória propõe a clara utilização de uma pessoa como recurso ou instrumento empregado pelo estado para seus próprios fins: a pessoa humana desaparece, reduzida a um meio a serviço dos fins estatais.

8. Sustentou-se que a função de prevenção geral pressupõe a racionalidade do ser humano, com o que se evitaria degradar-se o direito penal num direito policial. Por essa via, afirma-se uma distinção entre o direito penal da prevenção geral e o direito penal policial[62]. Tal abordagem é falsa, porquanto geralmente a racionalidade humana é exercida na razão inversa da gravidade do delito praticado. Dar por demonstrado que o ser humano empreende um frio cálculo de rentabilidade perante cada impulso infracional é arrimar-se numa ficção. Mesmo um discurso penal legitimante não pode fundar-se numa óbvia falsidade, e o uso desse argumento equivale a uma confissão de que não existe base válida para ocultar a natureza policial do poder punitivo.

9. Devido ao enorme colapso ético que esse utilitarismo significa, os partidários do discurso de dissuasão tratam de limitar a medida da pena de um modo diferente do que assinalaria a própria lógica da dissuasão: para isto pedem emprestado a retribuição do direito privado. Assim sendo, incidem numa contradição sem escapatória: se a retribuição não chega a dissuadir, a pena não cumprirá tal função; para cumpri-la em todos os casos deve superar esse limite, ou, então, deve distinguir entre a parte *sadia* da população (que se intimida com a pena retributiva) e a dos *malvados* que requerem uma prevenção especial ilimitada, que desemboca em algum sistema pluralista, com penas limitadas para os primeiros e penas ilimitadas, rebatizadas com o nome de *medidas*, para os segundos. Isto pressupõe uma classificação dos seres humanos entre aqueles que são plenamente pessoas e aqueles que não o são ou o são apenas parcialmente. Por outro lado, a teoria se complica ao extremo quando quer prevenir-se contra o terrorismo de estado ao qual conduz sua lógica interna e busca o limite na retribuição, pois deve decidir o que pretende retribuir. Ater-se ao conteúdo do injusto, como indicador único, não é suficiente, pois vêm à baila os problemas da respectiva compreensão e de motivações mais ou menos perversas, razão pela qual tem de concluir que deve retribuir à culpabilidade.

10. E é nesse ponto que surge uma nova contradição: a prática policial exige que sejam impostas penas maiores àquelas pessoas que já cometeram outros delitos e foram condenadas anteriormente. Com frequência, a culpabilidade destas é menor, porque sua origem de classe e escassa escolaridade lhes reduziram o espaço social, e as criminalizações anteriores os estigmatizaram e os deterioraram, diminuindo-o ainda

[62] Gropp, Walter, p. 28.

mais. Para sustentar esta prática policial renuncia-se à culpabilidade pelo ato e emprega-se uma culpabilidade de autor, aqui entendida como censura a toda sua existência. Com isso se quantifica a pena pela condução da vida[63], com o que se propõe às agências jurídicas que se convertam em agentes de uma ética estatal controladora da vida inteira de seus cidadãos (súditos) e assumam o poder de julgamento da existência de seus habitantes. A conversão das agências jurídicas em agências morais contradiz a finalidade de assegurar os direitos das pessoas que lhes atribui o poder punitivo, pois devem contagiá-la com outras, tais como a *ordem* e a *defesa* de entes abstratos que fecham o discurso (a *comunidade* como pretensa entidade, provida de unidade cultural; a *nação* em sentido totalitário; a *consciência proletária* convertida em discurso de poder; o *sadio sentimento do povo* como nebulosa irracional; a *sociedade* como agremiação solidária de indivíduos, sem divisões de classe nem conflitos; o *estado* como aparato burocrático neutro e produtor legislativo imparcial perante os antagonismos sociais etc.). A lógica da dissuasão faz o delito perder sua essência de lesão jurídica para convertê-lo em um indício de *inimizade* com a cultura que o estado quer homogeneizar ou com a moral que deseja impor. Fica a descoberto seu caráter verticalista, hierarquizante, homogeneizador, corporativo e, por conseguinte, contrário ao pluralismo próprio do estado de direito e à ética baseada no respeito pelo ser humano como pessoa.

III. A função de prevenção geral positiva

1. Constatado que a teoria anterior não se sustenta perante a realidade social e conduz a consequências incompatíveis com o estado de direito, ganhou força, nas últimas décadas, a legitimação discursiva que pretende atribuir ao poder punitivo a função manifesta de prevenção geral positiva: a criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico[64] produtor de consenso, e, portanto, *reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)*[65]. Por essa linha, afirma-se que o poder punitivo é exercido sobre um conflito que, até este momento, não está superado, razão pela qual, ainda que tal exercício não cure as feridas da vítima nem lhe repare os danos, cabe impor um *mal* ao autor. Este mal deve ser entendido como parte de um processo comunicativo. Desse modo, estende-se uma

[63] Cf. *infra*, § 43.

[64] Cf. . por exemplo, van de Kerchove, Michael, *Les droits sans peines*, p. 382.

[65] Sobre a estabilização do poder mediante a institucionalização, Popitz, Heinrich, *Fenomenologia del potere*, p. 42; em sentido crítico, Baratta, Alessandro, em DDDP, nº 2, 1985, p. 247 ss.; do mesmo, *em Fest. f. Arthur Kaufmann*, p. 393; Smaus, Gerlinda, em *Social Problems and criminal justice*, nº 37, Rotterdam, 1987; Melossi, Dario, em DDDP, 1/91, p. 26; *Perez Manzano* Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, p. 248.

ponte entre essa teoria preventivista e Hegel, na consideração da pena como contra-afirmação de que o autor não pôde configurar dessa maneira seu mundo. Sustenta-se, assim, que o poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade[66]. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante[67].

2. A partir da *realidade social*, essa teoria se sustenta em mais dados reais que a anterior. Segundo ela, uma pessoa seria criminalizada porque com isso a opinião pública é normatizada ou renormatizada, dado ser importante o consenso que sustenta o sistema social. Como os crimes de "colarinho branco" não alteram o consenso enquanto não forem percebidos como conflitos delituosos, sua criminalização não teria sentido. Na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública a sustenta, e convém continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado.

3. Trata-se de uma combinação entre a atitude que outrora reduzia a religião a um valor instrumental[68] e a velha tese de Durkheim, que assinalava que o delito também tinha uma função positiva ao suscitar coesão social[69], combinação esta que outorgaria valor socialmente positivo à punição exemplarizante de um *bode expiatório* como criadora de consenso, sem se preocupar de que nada ocorra ao universo de pessoas que protagonizam injustos maiores, mas que devido à sua enorme habilidade e poder não são selecionadas. A partir de outro ponto de vista, a prevenção geral positiva constitui uma versão renovada da primária aplicação da psicanálise à explicação da justiça penal, levada a cabo nos anos vinte: derivaria o consenso da satisfação pelo castigo por parte de quem conteve suas pulsões[70]. Em última análise, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os. Quanto às consequências sociais de sua lógica, a prevenção geral positiva não difere da negativa: quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua

[66] Jakobs, Günther, en ADPCP, 1994, p. 138; *Derecho Penal*, p. 8 ss.

[67] Não parece estar muito longe desta legitimação Nozick, ao afirmar que o medo geral justifica proibir aqueles fatos que produzem medo, inclusive a vítimas que sabem que seriam indenizadas, porque o medo – como se sabe – se induz e administra (Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, p. 78).

[68] P. ex., Lardizabal, *Discurso*, p. 43.

[69] Durkheim, E., *De la division du travail social.*

[70] Alexander, Franz – Staub, Hugo, *Der Verbrecher und seine Richter.*

injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema.

4. Não é possível afirmar que a criminalização do mais inábil, apresentada como tutela dos direitos de todos, reforce os valores jurídicos: *é verdade que ela suscita consenso (à medida que o público acreditar nisso), não porém porque fortaleça os valores daqueles que continuam cometendo ilícitos, mas sim porque lhes garante a possibilidade de prosseguir nisso, de vez que o poder punitivo continuará recaindo sobre os menos dotados.* O consenso por parte daqueles que exercem poder dentro de uma sociedade não se produz para fortalecer-lhes valores que negam, mas porque lhes fortalece a imunidade perante o poder punitivo. Na prática, essa teoria conduz à legitimação dos operadores políticos que falseiam a realidade e dos operadores de comunicação que os assistem (vínculo de cooperação por coincidência de interesses entre operadores de diversas agências do sistema penal), desde que a população seja levada a acreditar nessa falsa realidade e não exija outras decisões que desequilibrariam o sistema. Renova-se o *despotismo ilustrado em outros termos*: a tirania – que, na velha versão de Hobbes, era preferível ao caos – é substituída pelo engodo comunicacional, preferível ao desequilíbrio e à ruptura do sistema. O direito penal converte-se numa mensagem meramente difusora de ideologias falsas[71].

5. A partir do *teórico*, a comunicação seria um símbolo que se usa para manter a confiança no sistema, de modo que também instrumentaliza (mediatiza) uma pessoa, utilizando sua dor como símbolo, porque o sistema deve priorizar a pessoa, tanto do autor quanto da vítima. As categorias de análise jurídica se esvaziariam; o sistema seria o único bem jurídico realmente protegido; o delito não seria um conflito que lesiona bens jurídicos, ou apenas o seria à medida que fosse um signo da lesão à confiança no sistema, embora não afetasse os direitos de ninguém. O direito penal baseado nessa teoria propõe às agências judiciais que imponham penas por obras delituosas toscas – que se tornam conhecidas e, desse modo, ferem a confiança no sistema – mas que se abstenham de fazê-lo nos casos desconhecidos, como necessariamente acontece na prática. A medida da pena para esse direito penal seria aquela adequada para *renormatizar* o sistema, criando consenso, embora o grau de desequilíbrio nele considerado não dependa da conduta do apenado nem de seu respectivo conteúdo injusto ou culpável, mas sim da credulidade dos outros. A lógica da prevenção geral positiva indica que, em um sistema bastante desequilibrado devido às suas falhas, à injustiça distributiva, às carências da população, à seletividade do poder etc., a confiança naquele, por intermédio da criminalização, exige penas eventualmente atrozes e recursos de investigação inquisitoriais, desde que proporcionem resultados nos casos que suscitam preocupação por causa de sua capacidade desequilibrante: a tendência será privilegiar a suposta

[71] Cf. Terradillos Basoco, Juan, em *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 22.

eficácia e eliminar qualquer consideração limitativa nos casos mais visíveis, e ao mesmo tempo desinteressar-se pelo restante dos casos não divulgados pela comunicação. A prevenção geral positiva observa, em certa medida, dados que são reais, porém sua falha mais notória é de natureza ética: legitima o que acontece pelo simples objetivo de que continue acontecendo, pois não passa disso reforçar positivamente o sistema, elevado assim a um valor supremo e imutável.

6. A prevenção geral positiva sustentada na referida versão e assentada na concepção sistêmica da sociedade foi precedida por outra, no quadro de uma *eticização* do discurso penal. Tal *versão eticizante da prevenção geral positiva* pretende que o poder punitivo fortaleça os valores ético-sociais (isto é, o valor de atuar de acordo com o direito) mediante o castigo para suas infrações. Embora essa *versão eticizante* propusesse também a proteção de bens jurídicos (tendo em vista que o fortalecimento do valor que orienta a conduta de acordo com o direito diminui a frequência das ações que o ferem), a função básica seria a primeira: *o fortalecimento da consciência jurídica da população*. Ambas as versões se combinaram na fórmula segundo a qual a *tarefa do direito penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção de valores ético-sociais de ação elementares*[72]. Tal função explicaria por que as violações aos direitos impostos pelos valores mais primários ou elementares[73] (abster-se do parricídio, por exemplo) exigem penas mais severas e vice-versa.

7. Ao nível da *realidade social*, essa versão eticizada sustenta que a efetividade da função ético-social se vincula ao grau de firmeza com que a ação estatal pretende fortalecer os valores, o que não dependeria tanto da gravidade das penas quanto da certeza da criminalização secundária. Diante da comprovação de que a regra da criminalização secundária é sua excepcionalidade, o requisito que esta teoria considera necessário para sua função se aniquila. Por isso, a posterior versão sistêmica se conformará com que o poder punitivo normatize, quer dizer, com aquilo que faça o público ter essa certeza, ainda que ela seja estatisticamente falsa. Na prática, os valores ético-sociais se debilitam quando se reduz o controle jurídico e as agências do sistema penal ampliam sua arbitrariedade (e nela respaldadas cometem delitos), figurando o poder punitivo como pretexto para a arbitrariedade. A imagem bélica, que dissemina a sensação de insegurança, a fim de que a opinião pública exija repressão e, portanto, mais poder descontrolado para as agências executivas (e menos poder limitador nas agências jurídicas) não fortalece tampouco os valores sociais.

8. Não se deve sustentar, de modo algum, que o saber do direito penal esteja desvinculado da ética; muito ao contrário, se ele não se assentar na ética merecerá a designação carrariana de *schifosa scienza*. Mas o que se deve observar para esta tentativa de eticização é o seguinte: **a**) *diante do imenso poder de vigilância (e corrupção) que as agências que o exercem acumulam, a defesa dos valores éticos fundamentais não pode ser levada a cabo mediante a legitimação desse poder, mas precisamente através de sua contenção e limitação;* **b**) aliás, a respeito de tal versão é válido, também, o que se disse acerca do pretenso valor simbólico: os valores éticos não se fortalecem, mas se fomenta a certeza de que aqueles que são invulneráveis continuarão assim; **c**) tal versão pressupõe algo que é falso: nem todo delito afeta valores ético-sociais básicos; nas complexas sociedades modernas não há um único sistema de valores e, além do mais, a posição contrária está consagrando o estado como gerador de valores éticos, o que implica uma ditadura ética.

9. No plano *teórico*, cabe deduzir desta versão eticizante que a essência do delito não se centraria tanto no dano que os bens jurídicos sofrem quanto no enfraquecimento dos valores ético-sociais (a consciência jurídica da população): a ofensa a bens jurídicos seria apenas um indício da debilitação dos valores. Isso tem o inconveniente de remeter a uma lesão impossível de medir-se, tornando a ofensa a bens jurídicos cada vez mais independente da deterioração ética, favorecendo a negação do princípio da lesividade, por essa via fundamentado em razões formais, não porém materiais. Em última instância, tende à retribuição por uma vida desobediente ao estado.

IV. *A função de prevenção especial positiva*

1. Seguindo primeiramente o modelo moral[74] e depois o médico-policial[75], tentou-se legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator[76]. Hoje, através das *ciências sociais*, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisonizado. Conhece-se o processo interativo e a fixação de papéis que induz desempenhos de acordo com o estereótipo e o efeito reprodutor da maior parte da criminalização[77]. Sabe-se que a prisão compartilha as características das instituições totais ou de sequestro[78] e a

[72] Assim, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 5.

[73] A ideia do direito como mínimo ético corresponde a Jellinek, Georg, p. 45.

[74] Röder e a *Besserungstheorie* (de Karl David August Röder, *Las doctrinas* e *Estudios*; v. *infra*, § 21; contra este modelo, Carrara, Francesco, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, p. 191 ss.

[75] Foi o chamado positivismo criminológico, iniciado por policiais e desenvolvido por médicos, *infra*, § 22.

[76] Não se deve esquecer tampouco a prevenção especial sustentada por Grolman, Karl, *Grundsätze*, p. 6. Modernamente, Kaiser, Günther, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, p. 6 ss.; Rotman, Edgardo, *L'evolution de la penseé juridique sur le but de la sanction penale*, p. 163 ss.; Würtenberger, Thomas, em *Die neue Ordnung*. Desde uma formulação determinista, por todos, Bauer, Fritz, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*.

[77] Cf. Lemert, Edwin M., em Clinard, Marshal B., *Anomia y conducta desviada*, p. 44.

[78] Cf. Goffman, Erwing, *Manicômios, prisões e conventos*.

literatura aponta unanimente seu efeito deteriorante, irreversível a longo prazo[79]. Não se ignora seu efeito regressivo, ao condicionar o adulto a controles próprios da etapa infantil ou adolescente, eximindo-o das responsabilidades inerentes à sua idade cronológica[80]. É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração[81].

2. Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade[82], em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios[83]. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morte, o que leva ao paradoxo a impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada. Na realidade paradoxal do continente latino-americano, as penas não deveriam ser impostas se se mantivesse, coerentemente, a tese preventivista especial positiva. A circunstância de que sequer seja mencionada tal possibilidade prova que a prevenção especial não passa de um elemento do discurso.

3. No plano teórico este discurso parte do pressuposto de que a pena é um *bem para quem a sofre*, de caráter moral ou psicofísico. Em qualquer um dos casos oculta a natureza *dolorosa* da pena e chega mesmo a negar-lhe o próprio nome, substituído por *sanções ou medidas*. Se a pena é um bem para o condenado, sua medida será

[79] Cohen, Stanley – Taylor, Laurie, *Psychological Survival*; com base nisto, propõe-se que as penas privativas de liberdade não superem os quinze anos (cf. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos*, p. 258).

[80] Cf. Gullo, Luigi *Delitto, pena e storicismo*, p. 16 ss.; Castex, Mariano – Cabanillas, Ana M., *Apuntes para una psicosociología carcelaria*.

[81] Expressamente, Solíz Espinoza, Alejandro, *Ciencia Penitenciaria*, p. 95; muito mais prudentemente, Rotman, Edgardo, *Beyond Punishment*.

[82] Cf. Daigle, Marc, *em Rev. Sc. Crim. et Droit pénal comparé*, nº 2, abril-junho 1999, p. 303.

[83] Cf. Magliona, Bruno e Sarzotti, Claudio, em *Dei delitti e delle pene*, 3/93, p. 101 ss.; Ferrazzi, Silvia e Ronconi, Susanna, en DDDP, 3/93, p. 133.

aquela necessária para realizar a *ideologia re* que for sustentada, e não precisará de outro limite. O delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena. Se o delito é apenas um sintoma, a *ideologia re* deve postular que, a partir desse sintoma, o estado perscrute toda a personalidade do infrator, porque a inferioridade o afeta em sua totalidade. Por isso, tais ideologias não podem reconhecer maiores limites na intervenção punitiva: o estado, conhecedor do que é benéfico, deve modificar o *ser* da pessoa e impor-lhe seu modelo de humano. Como a intervenção punitiva é um bem, não é preciso definir com muita precisão seu pressuposto (o delito), bastando uma indicação orientadora geral. No plano processual, não seria igualmente necessário um enfrentamento das partes, tendo em vista que o tribunal assumiria uma função tutelar da pessoa para sanar sua inferioridade. A analogia legal e seu correlato processual – a inquisitorialidade – seriam instituições humanitárias que superariam os preconceitos limitadores da legalidade – acusatoriedade e defesa plena –, os quais careceriam de sentido enquanto obstáculos ao bem da pena, que cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do *corpo social*, cuja saúde, como expressão da saúde de todas as suas células, é o que interessaria em última análise. É evidente que com esse discurso o estado de direito é substituído por um estado de polícia paternalista clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivismo criminológico) ou ético-idealista (correcionalista). Definitivamente, trata-se de uma intervenção do estado que, caso fosse factível – contrariando todos os dados sociais – consistiria numa imposição de valores na qual ninguém crê, privada de todo momento ético[84], desde que desconhece a autonomia própria da pessoa.

V. *A função de prevenção especial negativa*

1. Para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa a pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*. Em geral, ela não se enuncia como função manifesta exclusiva, mas sim em combinação com a anterior: quando as *ideologias re* fracassam ou são descartadas, apela-se para a neutralização e eliminação[85]. Na *realidade social*, como as *ideologias re* sempre fracassam, a neutralização é somente uma pena atroz imposta por seleção arbitrária. Sem dúvida alguma, tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito.

[84] Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici, Le tre ultime lezioni brasiliane*, p. 41.

[85] A este respeito é paradigmática a obra de Garofalo, Rafael, *La Criminología*.

2. Ao *nível teórico,* a ideia de uma sanção jurídica é incompatível com a criação de um mero obstáculo mecânico ou físico, porque este não motiva o comportamento, mas apenas o impede, o que fere o conceito de pessoa (art. 1° da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 1° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cuja autonomia ética lhe permite orientar-se conforme o sentido. Por isso, a mera neutralização física está fora do conceito de direito, pelo menos em nosso atual horizonte cultural. Como no discurso anterior – do qual é complemento originário – o importante é o *corpo social*, ou seja, o correspondente a uma visão corporativa e organicista da sociedade, que é o verdadeiro objeto de atenção, pois as pessoas não passam de meras células que, quando defeituosas ou incorrigíveis, devem ser eliminadas. A característica do poder punitivo dentro desta corrente é sua redução à coerção direta administrativa: *não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual.*

3. A *defesa social* é comum a todos os discursos legitimantes, mas se expressa mais cruamente nesta perspectiva, porque tem a peculiaridade de expô-la de modo mais grosseiro, ainda que também mais coerente: como não é possível esgrimir uma defesa diante de uma ação que ainda não se iniciou e não se sabe se se iniciará, a forma adequada para explicá-la é através da metáfora do organismo social. Por outro lado, quando se objetou que a pena não beneficia a todos, senão à minoria que detém o poder[86], ao invés de negá-lo respondeu-se simplesmente que a pena sempre beneficia a uns poucos[87].

VI. A pena como prevenção da violência

1. A teoria do *direito penal mínimo* (ou *minimalismo penal*) expôs um conceito de pena de nítida inspiração liberal, no que constitui um dos mais elaborados esforços contemporâneos para proporcionar tal conceito a partir da referida inspiração[88]. Segundo esse conceito, a intervenção penal caberia somente em conflitos muito graves, que comprometessem interesses gerais, e naqueles em que, sem tal intervenção, surgiria o risco de uma vingança privada ilimitada. Assim sendo, o poder punitivo estaria sempre junto ao mais fraco: seja a vítima no momento do fato, seja o autor por ocasião da pena[89]. Outros autores postulam um duplo garantismo: um negativo, como

[86] Assim, Vaccaro, M.A., *Génesis y función de las leyes penales.*

[87] Neste sentido, Carnevale, Manuel, *Critica penal*, p. 109.

[88] Nesta corrente, especialmente, Baratta, Alessandro, em *Il diritto penale alla svolta di fine millenio, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola* e Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.*

[89] Seus objetivos em Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, p. 331 ss.; do mesmo, *La pena in una società democratica*, em *Questione Giustizia*, 1996, p. 529; sobre isto, Guzmán Dalbora, José Luis, em *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, 1993, p. 209 ss.; vincula-o a Nozik Fiandaca, Giovanni, em Letizia Gianformaggio (org.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, p. 272.

limite ao poder punitivo, mas outro positivo, derivado dos direitos de proteção que cabe ao estado prestar, especialmente contra o comportamento delituoso de certas pessoas[90]. Este garantismo positivo implicaria uma profunda mudança na política criminal, cuja orientação vertida para a eficiência deveria deslocar-se na direção da defesa de direitos[91].

2. A atual criminalização não cumpre essa função, salvo em casos excepcionais. A teoria do direito penal mínimo reconhece isso e, portanto, propõe uma radical redução do poder punitivo. Não há nada que objetar quanto à proposta de que as agências políticas tratem de circunscrever a criminalização primária aos raros casos graves nos quais, por inexistir uma solução culturalmente viável, correr-se-ia o risco de provocar piores consequências para o autor e, talvez, também para a vítima e para terceiros, bem como de que as agências judiciais se atenham às estritas regras limitadoras do direito penal liberal. Contudo, *deve-se observar que essa proposta é totalmente contrária ao que acontece e implica a realização de um modelo de sociedade bem diverso.* Se nessa hipotética sociedade futura se diminuísse significativamente o número de conflitos criminalizados, ela se aproximaria muitíssimo da proposta abolicionista, pois a discussão ficaria reduzida ao remanescente mínimo. Como, porém, nos modelos atuais de sociedade a pena só por exceção assume a função que o minimalismo penal imagina em uma sociedade futura, é inútil centrar a discussão em torno de um remanescente hipotético. Na verdade, centrar a discussão nesse tema conduz a um debate sem consequências práticas imediatas, voltado para as alternativas de supressão total ou radical redução do poder punitivo, quando as tendências atuais caminham na direção exatamente oposta.

3. Efetivamente, o minimalismo acaba discutindo com o abolicionismo. Essa é a questão que subjaz entre indagar por qual razão se impõem penas e indagar por qual razão deve existir a pena, considerando que a primeira indagação admite uma resposta empírica, enquanto a segunda é um pseudoproblema[92].O que interessa agora, quanto à pena e para o atual saber jurídico-penal, é verificar se existe uma função manifesta do poder punitivo, tal como exercido nesta sociedade atual, tendo em vista que o discurso do direito penal se orienta basicamente para as decisões que as agências jurídicas devem adotar no presente. O minimalismo não pretende proporcionar uma legitimação a esse poder punitivo e, por conseguinte, não provê qualquer teoria da pena adequada ao presente. Não é possível tampouco interpretá-lo de modo relegitimante, porque a legitimidade de um poder não depende de que ele seja necessário em uma centésima parte.

[90] Assim, Baratta, Alessandro, em *Il diritto penale alla svolta di fine millenio*, p. 44.

[91] Baratta, Alessandro, em *Deviance et societé*, n° 3, Genebra, 1999, p. 250.

[92] Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, p. 321.

4. A seleção de alguns poucos, pela grosseria de suas obras toscas ou pela isolada perda de invulnerabilidade, não é suficiente para legitimar um exercício de poder de efeitos letais, deteriorantes e corruptores, que tende estruturalmente – de forma especial no modelo de estado neoliberal – a usurpar a totalidade do poder público. O poder punitivo não é legitimado pela tese do minimalismo penal, de vez que *ela não pode ser tratada como uma nova teoria da pena*, mas sim como uma proposta política digna de ser discutida, voltada para o futuro. Por outro lado, torna-se duvidoso que uma coerção limitada à evitação de conflitos (vingança) ou a sua interrupção (defender a vítima) seja realmente uma pena: quando estes riscos existem, de modo efetivo e iminente, convém pensar em coerção direta atual ou diferida. Se tais situações forem presumidas, incidir-se-á em um discurso legitimante não muito diferente dos tradicionais, que sempre sustentaram a necessidade do poder punitivo para impedir a reaparição de formas primitivas de castigo[93]: a) se, no caso concreto, a vítima não for convocada (confisco), presumir-se-á sua intenção de vingança, o que pode ser falso; b) tal como no item anterior, presumir-se-á igualmente que o infrator esteja em perigo para impor-lhe uma proteção que ele pode não querer. Apesar da existência do poder punitivo amplo, sabe-se que existem fatos cruéis de vingança[94], como também conhecem-se casos gravíssimos de impunidade, que não deram lugar a estas reações (a impunidade dos torturadores da ditadura militar, por exemplo).

[93] Assim, por exemplo, Merkel, Adolf, *Derecho Penal*, p. 256; na atualidade, Trechsel, Stefan, *Schweizerisches Strafrecht*, p. 21; Cadoppi, A. *et alii.*, *Introduzione al sistema penale*, v. I, p. 309.

[94] A *vendetta* dos corsos e outras imposições talionais análogas recordam-se na antropologia desde sempre (p. ex. Oliveira Martins, J. P., *Quadro das instituições primitivas*, p. 170).

§ 7. Direito penal de autor e direito penal do ato

I. Direito penal de autor

1. A classificação de discursos legitimantes do poder punitivo, a partir das funções manifestas da pena, pode ser estabelecida através de qualquer uma das consequências que delas derivam: da função mediata (diversas versões da defesa social), dos critérios de mensuração da pena ou da essência do delito. Se se preferir uma revisão teórica reordenando as posições da perspectiva dos critérios de responsabilidade, as consequências não são muito diferentes, ao ponto de ter-se proposto a necessidade de escolher um deles, pois a ausência de qualquer critério produziria mais danos que os benefícios da pena[95]. Se optarmos por recolocar a questão a partir da essência do delito, poderemos reordenar as posições em função das díspares concepções da *relação do delito com o autor*. Enquanto, para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado *direito penal de autor*.

2. Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a *função de divindade pessoal* e, os segundos, a de *divindade impessoal e mecânica*.

3. Para aqueles que assumem uma identidade divina pessoal, o ser humano incorre em delitos (desvios) que o colocam em estado de pecado penal. Esta queda é escolhida livremente, mas quanto mais ele permanecer caído e insistir

[95] Assim, Baurmann, Michael, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*: a colocação é um tanto surpreendente, pois se não há critério válido, o lógico seria reduzir o poder punitivo.

em sua condução de vida pecaminosa, mais difícil será sair dela e menos liberdade terá para fazê-lo. O delito é fruto desta situação, na qual o ser humano já não é livre *em ato*, mas como o foi anteriormente, para escolher a situação, ele continua sendo livre *em causa* (aquele que escolheu a causa, escolheu o efeito, conforme o princípio *versari in re illicita*). Por conseguinte, essa situação de pecado penal é censurada, e a pena deve adequar-se ao grau de perversão pecaminosa que sua condução de vida tenha alcançado. O delito é apenas o signo que mostra ao estado a necessidade de que seu sistema penal investigue e censure toda a vida pecaminosa do autor[96]. Para esse direito penal, o estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, de acordo com as pautas – intensamente difundidas pelas agências comunicacionais – que as pessoas devem introjetar (não apenas cumprir), e as agências jurídicas são tribunais disciplinares que julgam até que ponto as pessoas internalizaram as orientações estatais, sem se importarem com o que tenham feito mais do que como habilitação para a intervenção penal. Não se censura o ato, mas a existência: os operadores jurídicos traduzem a onipotência do estado onisciente, implacável para com os dissidentes.

4. Para o direito penal de autor identificado com uma divindade impessoal e mecânica, o delito é signo de uma falha em um aparato complexo, mas que não deixa de ser uma complicada peça de outro maior, que é a sociedade. A falha no pequeno mecanismo acarreta um perigo para o mecanismo maior, isto é, indica um *estado de periculosidade*. As agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados para o reparo ou a neutralização das peças defeituosas. Dentro desta corrente, nem os criminalizados nem os operadores judiciais são pessoas, mas coisas complicadas: umas, devido a seus defeitos, destinadas a sofrer a criminalização, outras, fadadas a exercê-la por causa de seus componentes especiais. Trata-se de um jogo de parasitas e leucócitos do imenso organismo social, que, no entanto, não interessam em sua individualidade, mas apenas em razão da saúde social. De qualquer maneira, é bom destacar que os argumentos do direito penal de autor, que idolatra uma divindade mecânica e impessoal, nem sempre são coerentes com suas exposições, pois costumam ocultar posições de sua versão contrária e revestir de *ciência* mecanicista valorações meramente moralizantes[97].

5. Em ambas as propostas, o criminalizado é um ser inferior e, por isso, se vê apenado (inferioridade moral: estado de pecado; inferioridade mecânica:

[96] O autor que com maior transparência expôs esta posição foi Allegra, Giuliano, *Dell'abitualità criminosa*.

[97] É demonstrativa a consideração da habitualidade como perversão moral por Gómez, Eusebio, *La mala vida*, p. 50.

estado perigoso), porém não é sua pessoa a única que não se reconhece: *o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoas*. Em um caso, propõe-se-lhes sua autopercepção como procuradores de uma onipotência que intervém nas decisões existenciais das pessoas; em outro, como pequena peça destinada a eliminar falhas perigosas de um mecanismo maior. Não é diferente a autopercepção do doutrinador que assume qualquer um dos dois discursos: em um, é o tradutor da onipotência para os operadores judiciais; em outro, o programador de elementos destinados a neutralizar os males de um corpo orgânico que integra. Em sua total coerência, o direito penal de autor parece o produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade humana daqueles que o sofrem e o praticam.

6. Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento[98]. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública[99], com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua[100]. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada *normativização*, que prescinde da vontade real[101].

II. Direito penal do ato

1. Em suas mais puras versões, o direito penal do ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) que pode ser censurado e, por conseguinte, a quem pode ser retribuído o mal na medida de sua culpabilidade (ou seja, da autonomia de vontade com que atuou). Esse discurso não pode legitimar a pena porque ignora por completo a estrutural e inevitável seletividade da criminalização secundária. Isso faz a pena retributiva converter-

[98] Cf. Baratta, Alessandro, em *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 46.

[99] Batista, Nilo, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, p. 131.

[100] Lesch, Heiko Hartmut, *Die Verbrechensbegriff*, p. 126, afirma, de forma pouco convincente, que inclusive Kant, Hegel e Feuerbach baseavam a imputação deste modo.

[101] Cf. *infra*, § 34.

se numa pena preferentemente dedicada aos inábeis, razão pela qual não é possível legitimá-la a partir da ética. Entretanto, ao incluir a retribuição jus-privatista em sua proposta, ele tem inquestionáveis vantagens sobre o anterior. Assim sendo, exige que os conflitos se limitem aos provocados por ações humanas (*nullum crimen sine conducta)*, exige uma estrita delimitação dos conflitos na criminalização primária (*nullum crimen sine lege*) e exige que a culpabilidade pelo ato constitua o limite da pena (*nullum crimen sine culpa*). No plano processual, exige um debate entre as partes, cingido ao que seja a matéria acusatória e, portanto, separa as funções do acusador, do defensor e do juiz (*acusatoriedade*). Apesar de nenhum desses princípios ser cumprido estritamente, não há dúvida de que as agências jurídicas que os assumem decidem com menos irracionalidade e violência que as demais.

2. O direito penal do ato deve reconhecer, porém, que não há características ônticas que diferenciem os conflitos criminalizados dos resolvidos por outras vias ou dos que não se resolvem[102]. *Seus* conflitos são selecionados, no plano teórico-jurídico, pela criminalização primária, e no da realidade social, pela secundária. Se o direito penal do ato pretendesse instituir características pré-jurídicas do delito, deveria renunciar à legalidade: se os delitos pudessem ser reconhecidos onticamente, não seria necessário que a lei os definisse. O *nullum crimen sine lege* e o *delito natural* são incompatíveis.

3. Se se quiser pesquisar características pré-jurídicas do delito, o primeiro argumento costuma ser sua gravidade. Certamente, há crimes atrozes e aberrantes (como o genocídio e alguns homicídios): todos, de um modo geral, costumam ser chamados de *crimes*, mas o primeiro nem sempre é reconhecido como tal pela opinião pública nem suscita o exercício do poder punitivo que, com frequência, é usado para controlar aqueles que dissentem do poder que os executa. Pode-se afirmar que a esmagadora maioria das mortes dolosas do século XX foi causada por ações ou omissões de agências estatais, ao passo que as mortes provocadas por particulares representam uma minoria, da qual o poder punitivo conseguiu criminalizar apenas uma pequena parte. Em maior escala, pode-se asseverar o mesmo quanto às ações patrimonialmente lesivas; os maiores despojos patrimoniais foram colhidos pelos estados. Há, ao contrário, conflitos de pouquíssima gravidade que estão primariamente criminalizados e outros nos quais, mesmo havendo lesões ínfimas, sobrevêm condenações. Não obstante, não são criminalizados inúmeros comportamentos sociais que afetam de modo grave bens jurídicos fundamentais. Não sendo a gravidade objetiva da

102 Em pleno auge do positivismo negava-se a alucinação garofaliana do delito natural (cf. Navarro de Palencia, Alvaro, *Socialismo y derecho criminal*, p. 103).

lesão uma característica pré-jurídica diferencial do delito, pode-se pensar em encontrá-la na objetivação de um dado subjetivo referente à culpabilidade, como, por exemplo, o grau de perversidade da motivação. Entretanto, uma pessoa pobre pode sentir-se tentada a se apoderar de alguma coisa de pouco valor, que ela não pode comprar, e uma pessoa rica pode esquivar-se do pagamento de uma indenização por morte em acidente de trabalho, especulando com os juros que pode auferir desse dinheiro: por mais aberrante que seja a motivação da segunda, só se criminaliza a primeira. Cabe-nos concluir que em um puro direito penal do ato não existem elementos que permitam distinguir os conflitos criminalizados dos que não o são, salvo pelo ato político da própria criminalização. Isso cria um sério problema, porque outorga às agências políticas a potestade de criminalizar praticamente qualquer conflito, o que implica na ampliação ilimitada do âmbito da matéria criminalizável e, por conseguinte, no fortalecimento do poder de vigilância e seleção das agências policiais, provocando, assim, a liquidação do estado de direito.

III. Justaposições de elementos antiliberais

1. A incapacidade legitimante das teorias puras (consideradas a partir da função manifesta da pena, da relação do delito com o autor ou dos conceitos de sociedade que se pretende defender) originou uma complicadíssima série de tentativas de legitimação, tentativas essas que trataram de neutralizar a insuficiência de algumas de suas teses com elementos de outras teorias. Na doutrina contemporânea não se sustenta praticamente qualquer teoria em estado puro. A própria teoria da prevenção geral positiva encarna uma defesa social que pressupõe um conceito de sociedade como sistema, baseado no consenso[103]. É um conceito muito próximo do organicista[104], mas entendido como uma tecnologia de conservação do sistema, que não requer eliminar qualquer agente infeccioso, mas sim normatizar as pessoas: ele propõe aos operadores judiciais uma autopercepção como microelementos de um gigantesco artefato robotizado e autoequilibrável[105]. Desenvolvida coerentemente, ela pode sustentar um direito penal de autor ou do ato, sempre que for eficaz para que os subsistemas do constructo não demandem mais do que a totalidade do sistema pode oferecer[106]. De uma

103 Acerca dos paradigmas do consenso e do conflito, Paliero, Carlo Enrico, em RIDPP, 1992, p. 850.

104 Cf. Martindale, Don, *La teoría sociológica*, pp. 544-546.

105 Pretende fundar-se em Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, cujo conceito de *autopoiesis* foi tomado da biologia; cf. Maturana R., Humberto – Varela G., Francisco, *De máquinas y seres vivos*.

106 Sobre isto, em sentido crítico, Mosconi, Giuseppe A., *La norma, il senso, il controllo*.

visão biologista da sociedade, como organismo, e dos seres humanos, como células, passou-se para uma eletrônica que concebe a sociedade como robô, e os seres humanos como microcomponentes, por influência da cibernética.

2. Aqueles que postulam um direito penal de culpabilidade (do ato ou de autor) e os que postulam outro de periculosidade (de autor) não podem compatibilizar seus pontos de vista, porque se baseiam em duas antropologias inconciliáveis. Os *culpabilistas* sempre respondem com penas retributivas ao uso que o ser humano faz de sua autodeterminação[107], ao passo que os *perigosistas* mudam o nome da pena (medidas ou sanções) e a reduzem a uma coerção direta administrativa que busca neutralizar (positiva ou negativamente) a determinação do ser humano para o delito, ou seja, sua periculosidade[108]. Não obstante, a imaginação discursiva tentou essas conciliações impossíveis, mesclando idealismo, materialismo e espiritualismo, objetivismo e subjetivismo valorativos, metafísica e empirismo, nominalismo e realismo etc., com o que o discurso penal – que já havia assumido a potestade de ignorar as ciências sociais – também se atribuiu a justaposição arbitrária de elementos das correntes gerais do pensamento. O resultado foi um discurso que pretende orientar as agências jurídicas no sentido de considerar o homem um ente que produziu um mal atribuível a sua autodeterminação e, ao mesmo tempo, considerá-lo um ente causante de mal que deve ser neutralizado: tocaria assim ao juiz considerar o homem como pessoa dotada de consciência moral e ao mesmo tempo como um animal perigoso. O juiz que incorporar essa contradição à prática poderá impor e mensurar a pena mesmo que não haja delito (ou, quando haja, a retribuição ou a neutralização lhe pareça insuficiente), recorrendo às teorias contrárias, mais ou menos como o lobo da fábula: defecções nos elementos fundantes de uma delas serão supridas pela outra.

3. Inventaram-se formas de combinar tais direitos penais incompatíveis (os chamados *sistemas pluralistas*): a) o chamado *sistema do duplo binário* (códigos italiano de 1930, uruguaio de 1933 e brasileiro de 1940) impõe penas retributivas aos imputáveis e penas neutralizantes (medidas) aos inimputáveis, mas em certos casos impõem-se aos imputáveis penas retributivas e

[107] Embora se tenha pretendido arquivar o debate como "filosófico" (assim, Jiménez de Asúa, Luis, *La pericolosità*, p. 18), ele subsistiu: cf. Mayer, Max Ernst, *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, p. 73; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El correccionalismo penal*, p. 56; Harzer, Regina, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 33 ss.

[108] Precocemente criticada por Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, p. 309; considerou-a uma ficção jurídica Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, p. 190; sobre a inconstitucionalidade de sua presunção, Vassalli, Giuliano, *Scritti Giuridici*, v. I, t. II, pp. 1507 e 1561.

neutralizantes, que são executadas nessa ordem[109]; b) o chamado *sistema vicariante* impõe penas retributivas aos imputáveis e penas neutralizantes (medidas) aos inimputáveis, mas em alguns casos permite que as neutralizantes (medidas) substituam as retributivas; c) não falta tampouco um terceiro sistema, que é mais incoerente e perigoso, apesar de constituir-se de uma mescla dos dois anteriores: em alguns casos ele permite que as penas neutralizantes (medidas) substituam as retributivas e, em outros, impõe as duas conjuntamente. Trata-se do sistema adotado pelo chamado código penal tipo latino-americano, como produto da confusão conceitual reinante na década dos sessenta.

4. Visto que, com esses sistemas que pretendem combinar fórmulas incompatíveis, na verdade consagra-se a total arbitrariedade punitiva, sempre racionalizável em função de alguma das teorias justapostas, não há exagero na observação de que o nazismo não fez mais que conciliar as teses conservadoras vigentes na república de Weimar. Afirma-se, com razão, que a luta de escolas entre o positivismo de von Liszt e o retribucionismo de Binding era nominal, porquanto ambos sustentavam a neutralização dos infratores incorrigíveis, um através das medidas de segurança e o outro através da pena retributiva perpétua ou de morte, coincidindo em que a ameaça estava no proletariado e que seu estado-maior eram os delinquentes habituais, donde resultou, no projeto de Radbruch de 1922, um modelo com superposição de penas e medidas[110]. Não foi difícil para o nazismo lançar mão dessas categorias e da culpabilidade pela condução da vida de Mezger[111]. Deriva daí a procedência da conclusão de que o nazismo não efetuou uma ruptura, mas sim foi a continuação da política criminal conservadora do regime de Weimar, concretizando a histórica ideologia antiliberal alemã[112]. Este processo, que transparentemente se percebe no caso alemão, se repete, com diferenças conjunturais, em quase todos os países que experimentaram ditaduras.

IV. Penas sem delito, penas neutralizantes irracionais e institucionalização de incapazes

1. Algumas destas penas neutralizantes, atualmente denominadas, na legislação comparada, *medidas de segurança* ou *medidas de tratamento, corre-*

[109] Sobre o duplo binário, Austria, Eder – Rieder, Maria A., *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Massnahmen*, p. 13. A reforma de 1984 expungiria o duplo binário do CP 1940.

[110] Muñoz Conde, Francisco, em *Doxa*, 15-16, II, 1994, p. 1033.

[111] Cf. *infra*, § 44.

[112] *Ibidem*.

ção e educação[113], costumam classificar-se, conforme a tradição, em: **a)** *pré-delituais*; **b)** *pós-delituais*; **c)** *para inimputáveis*. As primeiras (*pré-delituais*) são consequências do *estado perigoso* e, em suma, de qualquer direito penal de autor. A vadiagem, a prostituição, a embriaguez, a dependência química, a jogatina etc. são considerados estados perigosos e permitem a imposição dessas penas. Trata-se de uma aberta ampliação do poder das agências executivas que viola todos os princípios constitucionais limitadores da criminalização, mas que permite selecionar portadores de estereótipos, sem outra prova a não ser suas próprias características pessoais. É um expediente prático para a burocracia, de vez que a estatística de penas pré-delituais se apresenta como signo de eficácia preventiva ao poupar os esforços da investigação de delitos. Em nossa legislação elas já não existem.

2. As penas *neutralizantes irracionais* ou *medidas pós-delituais* são as que se impõem em razão das características do autor, sem guardar relação com a culpabilidade do ato nem com o conteúdo do injusto típico[114]. Mediante uma simples mudança de denominação, eludem-se todas as garantias e limites do direito penal, razão pela qual, apropriadamente, denomina-se esta alquimia de "embuste das etiquetas"[115]. São impostas através de tipos normativos de autor, que costumam ser denominados *reincidência*, *habitualidade*, *profissionalismo*, *tendência*, *incorrigibilidade* etc. Em geral, também violam o princípio de que ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo delito. A *reincidência*, definida e delimitada em nosso Código Penal (arts. 63 e 64 CP), não apenas constitui a primeira das circunstâncias agravantes da pena (art. 61, inc. I CP),

113 Foram assim batizados por Stooss, Carl, *Vorentwurf zu einen Schweizerischen StGB, Allg. Teil*, p. 10 ss.; do mesmo, *Lerbuch*, p. 192; a distinção com a pena foi aceita por Birkmeyer, Karl von, *Schuld und Gefährlichkeit*; Lenz, Adolf, *Ein StGB ohne Schuld und Strafe*; Beling, E., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*; Exner, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, p. 228; Rocco, Arturo, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, p. 113; Rabinowicz, León, *Mesures de Sureté*. O positivismo propôs suprimir sua diferença e considerar que tanto *penas* como *medidas* são *sanções* (contra, expressamente, Saldaña, Quintiliano, *Nueva Penologia*, p. 43; Soler, Sebastián, em ADPCP, 1964, pp. 215 ss.). Hoje, por outra via, insiste-se em confundir seus limites (cf. Righi, Esteban – Fernández, Alberto – Pastoriza, Luis, *Elementos*, p. 22). Uma confusão garantista ou "novo monismo" propõe dar às penas o conteúdo das medidas e a estas as garantias das penas (Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos*, p. 142). Também se fala de um "monismo flexível" ou de um "dualismo atenuado" (sobre isto, García-Pablos, Antonio, *Introducción*, p. 150).

114 Consideram que a indeterminação das medidas é uma concessão ao positivismo e propõem um máximo em função do princípio de proporcionalidade Romano, Mario – Grasso, Giovanni – Padovani, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*, III, pp. 207 e 357.

115 Kohlrausch, Ed., *Sicherungschaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, em ZStW, 44, p. 21 ss.; também, Dreher, Eduard, *Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, en ZStW, 65, 1953, p. 481 ss.; Baumann, Jürgen, *Unterbringungsrecht*, p. 33.

tendo caráter preponderante sobre outras (art. 67 CP), como intervém na fixação do regime penitenciário (art. 33, § 2°, al. *b* e *c* CP), na substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos (art. 44, inc. II CP), na suspensão da pena (art. 77, inc. I CP), no livramento condicional (art. 83, incs. I e II CP), e até mesmo no prazo prescricional e em sua interrupção (arts. 110 e 117, inc. VI CP). Sua manifesta irracionalidade, por exceder a medida do injusto e da culpabilidade do ato e pela manifesta infração ao *ne bis in idem*, correspondendo claramente a um tipo de autor, torna-a inconstitucional. A razão de tais penas é outra demanda de caráter burocrático das agências policiais[116]: os infratores de escassa importância não podem ser legalmente eliminados, motivo pelo qual as agências policiais requerem uma pena eliminatória sem relação com a magnitude dos delitos.

3. As *medidas de segurança* para pessoas incapazes de culpabilidade que tenham protagonizado um conflito criminalizado, particularmente quando se trata de uma internação manicomial, implicam uma privação de liberdade por tempo indeterminado que só difere de uma pena em sua carência de limite máximo e, por conseguinte, na total desproporção com a magnitude da lesão jurídica causada[117]. Assim o entenderam os códigos liberais do século XIX que não as estabeleciam ou, quando o faziam, era apenas para suprir o que hoje, em qualquer caso de enfermidade mental grave, deve corresponder ao juiz civil em função de disposições do *direito psiquiátrico*. Havendo, como há hoje em dia, disposições legais do direito psiquiátrico[118], não é racional sustentar que uma pessoa, devido ao acaso de ter posto em funcionamento as agências do sistema penal, seja submetida a essa potestade com a possibilidade de sofrer uma pena indeterminada que, inclusive, pode ser perpétua. A agressividade de um paciente mental não depende do acaso da intervenção punitiva, mas sim de características da doença que o juiz civil deve valorar em cada caso. Sustentou-se que tais medidas são *materialmente* administrativas e só *formalmente* penais. Tal argumento é uma racionalização, de vez que a rigidez punitiva da forma condiciona a matéria. Tendo em vista que a internação de pacientes agressivos se acha legalmente regulamentada, não se explica uma regulamentação diversa para

116 Já se disse que, tendo sido consideradas a mais alta expressão do direito penal, na verdade são a sua tumba (Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici, Le tre ultime lezioni brasiliane*, p. 9).

117 Trata-se de outro recurso para impor penas com discurso tutelar, análogo ao empregado a respeito dos menores (Cantarero, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, p. 129).

118 A importante lei n° 10.216, de 6.abr.01, que tratou da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, converteu a institucionalização de inimputáveis ou semi-imputáveis em modalidade de "internação compulsória" (arts. 6°, inc. III e 9°). Até o presente momento, suas inovações – especialmente as garantias discriminadas no par. ún. do art. 2° – não foram incorporadas à rotina das agências do sistema penal.

aqueles que são objeto do poder criminalizante, salvo em função de uma pena imposta através da seletividade punitiva, e, portanto, arbitrária. *Deve-se concluir em favor de sua inconstitucionalidade por sintetizar expressão de uma desigualdade intolerável baseada no acaso.*

4. Essa rápida menção às chamadas *medidas* e à consequente pretensão de limitar o horizonte de projeção do saber penal, mediante um discurso que concede funções manifestas diversas a diferentes *sanções*, as quais pretendem ser combinadas nos sistemas chamados *pluralistas*, permite concluir que, longe de se tratar de uma tentativa original, elas são apenas justaposições incoerentes de diversos discursos legitimantes que, pelo menos em suas formas puras, têm a vantagem de certa coerência ideológica, enquanto suas justaposições pretendem que se possa obter um argumento racional misturando discursos irracionais.

V. As pretensas teorias "combinatórias"

1. O fracasso de todas as teorias que concedem funções manifestas à pena – as quais, no máximo, obtêm a respectiva verificação em raríssimos casos – levou ao desejo de procurar a saída do atoleiro através da conjugação de funções diversas e incompatíveis[119]. Tal simultaneidade (explicando a pena como retribuição, que no entanto cumpriria igualmente funções preventivas gerais ou especiais) e alternatividade funcional (se não cumpre uma função, cumpre outra) chegou até as leis, e existem códigos que pretendem resolver o problema da legitimidade por intermédio da declaração de uma agência política: *"tem (a pena) como objetivos a correção e a readaptação social do delinquente, assim como o cumprimento das funções preventivas em geral e em particular"* (art. 25 do código penal boliviano); *"a pena tem função retributiva, preventiva, protetora e ressocializadora"* (art. 12 do código penal colombiano). O juiz brasileiro deve graduar a pena "conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime" (art. 59 CP), ainda que os incidentes da execução penal devam orientar-se no sentido da "harmônica *integração social* do condenado" (art. 1º LEP). São tentativas de impor, por decisão das agências políticas, um encerramento de debate para os intérpretes do direito penal ante a dissolução do respectivo discurso. Além da incoerência teórica, a gravidade está nas consequências práticas destas tentativas combinatórias.

[119] Foram também chamadas de *teorias da união*, classificando-se em *aditiva* (justiça sobre prevenção) e *dialética* (prevenção sobre justiça); cf. Zulgadia Espinar, José Miguel *Fundamentos de Derecho Penal*, pp. 81 ss; a uma "teoria unificadora dialética" se referia o jovem Roxin, Claus, *Problemas Basicos del Derecho Penal*, trad. D.M. Luzon Peña, Madri, 1976, ed. Reus, p. 33.

2. Semelhante equivocidade discursiva conduz à arbitrariedade, pois implica propor aos operadores judiciais que assumam a decisão que bem lhes aprouver, racionalizando-a, depois, com a teoria de função manifesta que pareça mais adequada ao caso. Desta maneira, é possível impor em qualquer caso o máximo ou o mínimo da escala penal, pois se a culpabilidade pelo ato não for adequada à racionalização da pena que se pretende impor – aquela que já foi decidida – sempre se poderá apelar para a culpabilidade de autor ou para a periculosidade; e se a prevenção especial não for útil, poder-se-á chegar à geral etc. *As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras*, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso. Não se trata de uma solução jurídico-penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da consequente renúncia à sua função mais importante.

VI. A pena como "retribuição"

1. Merece uma consideração especial a frase empregada com frequência na teoria: *a essência da pena é retribuição.* Ante o fracasso da prevenção especial positiva[120] e as demandas emocionais e demagógicas, ressurge o chamado *retribucionismo* ou *neo-retribucionismo*[121]. O uso da expressão tornou-se tão aleatório que não se trata de rebater uma teoria funcional da pena, mas de atentar para um elemento autoritário de encerramento discursivo. O sucesso da frase provém justamente de seu múltiplo sentido, o que sempre constitui um prático expediente discursivo para qualquer problema sem solução, porque permite que a objeção a um dos sentidos possa corresponder-se com outro, em um permanente jogo de equívocos.

[120] Estimam que deve superar sua crise Silva Sánchez, Jesús María *et alii*, *Casos de la Jurisprudencia Penal*, p. 74; Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena.*

[121] Considera-se que intervém aí uma espécie de "nostalgia" de Kant e de Hegel, ante o fracasso das teorias positivas restantes (cf. Eusebi, Luciano, *La funzione della pena*; do mesmo, *La pena in crisi*, p. 67; também, em Marinucci-Dolcini, *Diritto Penale in trasformazione*, p. 134). Sobre retribucionismo: Maurach, p. 5; fundado em *justiça*, Mayer, Max Ernst, p. 435; para seus vínculos com a expiação, Dreher, Eduard, em ZStW, nº 65, 1953, p. 484 ss.; como instrumento, Hippel, Robert, *Lehrbuch*, I, p. 403; Müller-Dietz, Heinz, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, p. 111 ss.; Gallas, Wilhelm, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit*, p. 1 ss.; como limite à prevenção, por todos, Carrara, *Programma*, I, p. 394. A favor de um retribucionismo centrado na vítima, Malamudsoh, J., *Terror y justicia*, pp. 228-230. As tese anti-retribucionistas em Beristain, Antonio, *La pena-retribución*, p. 28 ss.

2. Em princípio, existe um *sentido kantiano da retribuição* que, como veremos, constitui uma teoria extremamente radicalizada da defesa social e elaborada de modo dedutivo, que não admite qualquer contaminação com dados empíricos. Qualquer que seja o julgamento acerca dessa teoria, é inegável que se trata do maior esforço teórico do racionalismo a respeito da pena e sua medida, e que, por conseguinte, se emoldura no contexto geral da brilhante construção de Kant, sem que seja lícito extraí-la dali e mesclá-la com dados empíricos falsos ou esgrimi-la quando as demais teorias não suportam uma prévia decisão arbitrária. Apenas neste contexto – e até certo ponto no hegeliano[122] – tal teoria pode sustentar-se, porque é impossível de outro modo reintegrar o direito violentado pelo agente[123] ou restabelecer a ordem jurídica perturbada pelo crime[124].

3. No sentido corrente, costuma-se dizer que *pena é retribuição*. Se se quiser expressar com isto um *juízo fático*, a pena, na realidade, não é retribuição[125], pelo menos do delito: um número muito grande de pessoas o protagoniza, mas o poder só seleciona os inábeis, de modo que se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, e não o delito. Se se quiser dizer que a pena *deve ser retribuição (juízo normativo)*, vários problemas aparecerão: **a)** a estrutura do poder punitivo não o permite, de modo que se está pretendendo que alguma coisa seja o que nunca poderá ser; **b)** fica de pé a questão básica: não tem explicação a razão em que se fundamenta a necessidade dessa retribuição; **c)** não se explica tampouco que uma pessoa sofra o mal e que o estado é que exija retribuição. Para resolver tais questões, não resta outra possibilidade senão socorrer-se de uma das teorias positivas da pena, com o que o retribucionismo perde autonomia.

4. Muito menos explicável é a pretensão de que *a pena tem função retributiva*. Não se pode compreender uma função retributiva fora do marco de uma reparação, porque a retribuição não é um fim em si mesma – nem sequer para Kant – mas sim um meio que encontra sentido quando associado a uma finalidade diferente, tal como a reparação ou a vingança[126]. Nenhuma dessas

[122] Sobre a pena em Kant e Hegel, Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, pp. 60 e 19. Sobre retribucionismo hegeliano, Abegg, Fr. H., *Lehrbuch*, p. 59; Welcker, Karl Theodor, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*; Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*; Pessina, E., *Elementi*, I, p. 30. Há mais de um século recebiam a resposta de Jellinek, G., *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, p. 131.

[123] Canonico, Tancredi, *Introduzione*, p. 35.

[124] Silvela, Luis, *El derecho penal*, p. 289.

[125] Sustentou-se sua necessidade para evitar-se uma administrativização do delito (assim, Morselli, Elio, em ADPCP, 1995, p. 265 ss.), mas isto não passa de um argumento de menor irracionalidade.

[126] Sobre os autores que identificam retribuição com vingança, Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, pp. 120-121.

duas finalidades, porém, corresponde a um ente distinto do próprio ofendido, como acontece com a pena.

5. A ideia retributiva é usada, com frequência, em um sentido formalmente obscuro, mas politicamente menos irracional do que os outros: a retribuição *é o limite da pena ou sua medida*. Nesta variante, a retribuição não é uma teoria da pena, mas sim um critério de limite ou de quantificação, que costuma morigerar as consequências ilimitadas de qualquer uma das teorias da pena. Em geral, ele costuma ser enunciado pelos partidários da prevenção geral[127], como critério quantificador, e pelos adeptos da prevenção especial[128], como limite máximo. De qualquer maneira, tal ideia, em que pese ser o retribucionismo limitativo politicamente menos irracional, sofre outra grave tribulação quando se pergunta pelo ente ao qual se retribui, ou seja, pelo objeto ou conteúdo que se possa entrever no ato, no resultado, na vontade, na lesão, no *animus*, na personalidade, no caráter, na condução da vida etc.

6. Bem mais além de toda essa confusão argumentativa, a constante referência à retribuição indica que nela se procura alguma coisa semelhante a um *princípio regulador* e isto parece ser, definitivamente, o resgatável do conceito: *se com a criminalização primária o estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e de grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência à magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que o conflito provoca, pois, neste caso, o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnímoda.*

7. Em outras palavras: o produto resgatável da suposta retribuição, entendida como *princípio regulador*, pode ser preferentemente chamado de *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*, considerando-o um dos limites aos quais deve subordinar-se o exercício do poder punitivo, não por derivação de alguma natureza nem função retributiva da pena, e sim pela necessidade de conter a irracionalidade do poder.

[127] A um direito penal *ex ante* e *ex post*, de acordo com um critério preventivo ou retributivo, refere-se Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal*, p. 72.

[128] Mesmo negando a retribuição, não parece outra coisa o limite máximo dado pela culpabilidade em Roxin, p. 59; Luzón Peña, Diego-Manuel, em *Teorías actuales en el derecho penal*; Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, pp. 257 e 318.

CAPÍTULO III

MÉTODO, CARACTERÍSTICAS E FONTES

Accattatis, Vincenzo, *La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura*, em *Questione Giustizia*, 4, 1989, pp. 1 ss.; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica y otros estudios penales*, Buenos Aires, 1952; Albergati, Fabio, *Del modo di ridurre à pace l'inimicitie private*, Venecia, 1600; Alchourrón, Carlos – Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valência (Venezuela), 1979; dos mesmos, *La concepción expresiva de las normas*; também, *Permisos y Normas Permisivas*, ambos em *Análisis Lógico y Derecho*, Madri, 1991, pp. 124 ss. e 216 ss.; Ancel, Marc, *Utilitè et méthodes du droit pénal comparé*, Neuchatel, 1971; Andrés Ibañez, Perfecto, *Política y justicia en el estado capitalista*, Barcelona, 1978; Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, 1993; Arruda Jr., Edmundo L., Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa, S. Paulo, 1993, ed. Acadêmica; Austin, John, *Lectures on Jurisprudence: or philosophy of positive Law*, Londres, 1929; Azevedo de, Plauto Faraco, *Aplicação do direito e contexto social*, São Paulo, 1998; do mesmo, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, 1989; Bacigalupo, Enrique, *Sui dogmi della dogmatica penale*, em DDDP, nº 2, 1983, p. 245 ss.; Bachoff, Otto, *Jueces y constitución*, Madri, 1985; Baratta, Alessandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discusioni negli ultimi dieci anni*, em *Anuario bibliografico di Filosofia del Diritto*, Milão, 1968, pp. 227 ss.; do mesmo, *Natur der Sache und Naturrecht*, em *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965; também *Juristische Analogie und Natur del Sache*, em *Fest. f. Erik Wolf*, pp. 137 ss.; *Rechtspositivismus und Gesetzpositivismus*, em ARSP, 1968, LIV-3, p. 325; *La teoria della natura del fatto alla luce della "nuova retorica"*, em *Annalli della Facoltà Giuridica, Università degli Studi di Camerino*, Milão, 1968, pp. 39 ss.; *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, em RIFD, 1972, pp. 29 ss., p. 49; Barcellona, Pietro – Cotturri, Giuseppe, *El estado y los juristas*, Barcelona, 1975; do mesmo, *L'uso alternativo del diritto*, Roma, 1973; Barreto, Tobias, Introdução ao Estudo do Direito, em Obras Completas, ed. Estado de Sergipe, 1926; Barroso, Luís Roberto, Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; Bastida, Francisco J., *Jueces y franquismo, El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*,

Barcelona, 1986; Bastos, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, S. Paulo, 1989, ed. Saraiva; Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983; Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt, teorico del Reich*, Bolonha, 1989; Bettiol, Giuseppe, *Aspectos e problemas da atual ciência penalística italiana*, em MP, Curitiba, ano VI, 7, 1977; Birch, Anthony H., *British System of Government*, Londres, 1990; Boeresco, Basile, *Traité comparatif des délits et des peines au point de vue philosophique et politique*, Paris, 1857; Böhmer, D. Georg Wilhelm, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besondrer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen*, Göttingen, 1816; Bueno de Carvalho, Amilton, Direito Alternativo em Movimento, Niterói, 1997, ed. Luam; do mesmo, (org.) Revista de Direito Alternativo, S. Paulo, 1992, ed. Acadêmica; Bustos Ramirez, Juan, *Política criminal y dogmática*, em *El poder penal del estado, Hom. a Hilde Kaufmann*, Bs. As.,1985; Cadoppi, Alberto, *Mens rea*, Estratto dal Digesto, IV ed., vol VII, Turim, 1993; do mesmo, *Dalla "judge made-Law" al Criminal Code*, em RIDPP, 3, 1992; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, 1997; Cano Bueso, Juan, *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Madri, 1985; Capelletti, Mario, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre, 1984; Carvalho, Salo de, *Direito alternativo e dogmática penal: elementos para um diálogo*, em DS-CDS, nº 4, 1997, p. 69 ss.; Cerroni, Umberto, *Metodología y ciencia social*, Barcelona, 1971; Coulson, Margaret – Riddell, David, *Introdução crítica à sociologia*, Rio de Janiero, 1975; Creus, Carlos, *Garantismo versus funcionalismo*, em NDP, nº 1997/B, p. 609 ss.; do mesmo, *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito en el marco de la teoría del delito*, Santa Fé, 1992; Chase, Harold W., *Federal Judges: the appointing process*, Minneapolis, 1972; Dareste, F.R., *Les constitutions modernes*, Paris, 1891; David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madri, 1967; Davis, M.H., *A Government of Judges: an historical review*, em *The Journal of Comparative Law*, 1987, pp. 559 ss.; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, Nápoles, 1960; Dorado, Pedro, *El derecho y sus sacerdotes*, Madri, 1909; Dreher, Eduard, *Das schlechts Gewissen des Strafrichters*, em *Fest. f. Bockelmann*, Munique, 1979; Eagleton, Terry, *Ideología. Una introducción*, Barcelona, 1997; Engisch, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Munique, 1971; Enschedé, J., *Beginselen van strafrecht, een syllabus*, Deventer, 1969; Eser, Albin – Fletcher, George S., *Rechtfertigung und Entschuldigung – Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, Freiburg, 1988; Fernández Carrasquilla, Juan, *¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?*, em *Actualidad Penal*, nº 2, Cali, 1995, p. 69 ss.; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madri, 1999; Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia

constitucional y democracia, Madri, 1997; Feyerabend, Paul K., *Diálogo sobre el método*, Madri, 1990; Fiandaca, Giovanni, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociale*, em DDDP, 1987, 2, p. 243 ss.; Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madri, 1996; Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1985; do mesmo, *La justicia constitucional latinoamericana*, em J. L. Soberanes Fernández (org.), *Tendencias actuales del derecho*, México, 1994, pp. 283 ss.; Frank, Hans, *Im Angesicht des Galgens*, Munique, 1933; do mesmo, *Rechtsgrundlegung des nazionalsozialistischen Führerstaates*, Munique, 1938; Freixes Sanjuan, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Barcelona, 1992; Freud, Sigmund, *Das Unbehagen in der Kultur*, em *Kulturtheoretische Schriften*, Tübingen, 1986, pp 191 ss.; Fromont, Michel, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, Paris, 1987, ed. Dalloz; Gallas, Wilhelm, *Gründen und Grenzen der Strafbarkeit*, em *Heidelberg Jahrbücher 1965*, Cuaderno IX; García, José Fernando, *La racionalidad en política y en ciencias sociales*, Bs. As., 1994; Gardella, Juan Carlos, *Dogmática juridica*, em *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo IX, Bs. As., 1968, p. 223 ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, 1996; Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y "naturaleza de las cosas"*, Córdoba, 1970; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madri, 1999; do mesmo, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, em *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, pp. 495 ss. (também em *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1981); Gómez, Eusebio, *Criminología argentina. Reseña bibliográfica precedida de un estudio sobre el problema penal argentino*, Bs. As., 1912; González Calderón, Juan A., *La función judicial en la constitución argentina*, Bs. As., 1911; Grante, James A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, 1963; Griffith, J.A.G., *Giudici e politica in Inghilterra*, Milão, 1980; Guarnieri, Carlo, *Magistratura e politica in Italia*, Bolonha, 1992; Guastini, Riccardo – Rebuffa, Giorgio, na introdução a Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, 1995; Häberle, Peter, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Porto Alegre, 1997; Hall, Jerome, *Comparative Law and Social Theory*, Louisiana, 1963; Hannover, Heinrich – Hannover, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt a. M., 1966; Hartley, T.C.-Griffith, J.A.G., *Government and Law. An Introduction to the working of the Constitution in Britain*, Londres, 1981; Hassemer, Winfried, *Crítica del derecho penal de hoy*, Bs. As., 1995; Heck, Philipp, *Begriffbildung und Interessejurisprudenz*, Tübingen, 1932; Heidegger, Martin, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1953; Hernández Valle, Rubén, *El

control de constitucionalidad de las leyes, San José, 1978; Herrmann, Joachim, *The Anglo-American as opposed to the Continental Approach to Criminal Law*, em *De Jure*, Un. Pretoria, 1981, 14, pp. 39 ss.; Jacques, Paulino, Curso de Direito Constitucional, Rio, 1962, ed. Forense; Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Bogotá, 1996; Jescheck-Kaiser, *Die Vergleichtung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, 1980; Jhering, Rudolf von, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1877; do mesmo, *Der Zweck im Recht*, Göttingen, 1887; *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, 1959; Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, ed. W. Weischedel, *Werkaufgabe*, t.IV, Frankfurt, 1968; Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954; Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madri, 1995; Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, 1994; Klein Quintana, Julio, *Ensayo de una teoria juridica del derecho penal*, México, 1951; Kury, Helmut – Luchenmüller, Hedwig, *Diversion. Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bochum, 1981; Küpper, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlim, 1990; Lambert, Edouart, *Le gouvernment des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etáts-Unis*, Paris, 1921; Landaburu, Laureano, *El delito como estructura*, separata da *Revista de Derecho Penal*, Bs. As., 1945; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966; Legendre, Pierre, *Los amos de la ley. Estudio sobre la función dogmática en el régimen industrial*, em *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, 1994; López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho*, Bs. As., 1953; Losano, Mario G., Os Grandes Sistemas Jurídicos, trad. A.F.Bastos e L. Leitão, Lisboa, 1979, ed. Presença; Luhmann, Niklas, *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, trad. A. Febbrajo, Bolonha, 1978, ed. Il Mulino; Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco y el método técnico-jurídico*, Bs. As., 1961; Marini, Gaetano, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Nápoles, 1985; Márquez, Gabino, *Los juristas alemanes*, Madri, 1950; Martínez Bretones, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México, 1989; Masson, Gérard, *Les juges et le pouvoir*, Paris, 1977; Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937; Merkel, Reinhart, *La filosofía ¿convidado de piedra en el debate del derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad, primer inciso del & 34 StGB)*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 195 ss.; Messner, Claudio, *La legge, la forza, la verità*, em DDDP, 1/94, p. 51 ss.; Mezger, Edmund, *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW, 57 (1938), pp. 675 ss.; Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madri, 1931; Montes de Oca, M. A., *Represión*, Buenos Aires, 1888; Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madri, 1997, p. 233; Rocco, Arturo, *L'oggetto del reato*, em *Opere*, Roma, 1933; Morenilla Rodríguez, José Maria, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Madri, 1968; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Moro, Sérgio Fernando, Legislação Suspeita? Curitiba, 1998, ed. Juruá; Muñoz Conde, Francisco, *Presente y futuro de la dogmática jurídico penal*, em *Rev. Penal*, nº 5, 2000, pp. 44 ss.; do mesmo, prólogo a Fletcher, George, *Conceptos básicos*; Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974; do mesmo, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Venezuela, 1979; *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As. 1996; *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Bs. As., 1992; Nozick, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Bs. As., 1995; Novoa Monreal, Eduardo, *La evolución del derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977; do mesmo, *Tras las raíces últimas: los inconvenientes de magnificar y deformar la dogmática*, em DP, 1982, p. 567 ss.; Nuñez, Ricardo C., *Tendencias de la doctrina penal argentina*, Córdoba, 1984; Pasini, Dino, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962; Pereira dos Santos, Gérson, *Do passado ao futuro em direito penal*, Porto Alegre, 1991; Pereira de Andrade, Vera Regina, *Dogmática e sistema penal: em busca da segurança prometida*, Florianópolis, 1994; Piano Mortari, Vincenzo, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Nápoles, 1976; Prentiss Bishop, Joel, *New Commentaries on the Criminal Law upon a new system of legal exposition*, Chicago, 1892; Prittwitz, Cornelius, *El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio? Reflexión sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, p. 427 ss.; Queiroz, Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do direito penal. Lineamentos para um direito penal mínimo*, Belo Horizonte, 1998; Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1974; do mesmo, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, 1980; *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), *Gerechtichkeit und Gnade* (1949), *Gesetzliches Unrecht und übergesetliches Recht* (1946), todos em *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970; Récasens Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, 1963; do mesmo, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, México, 1971; Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*, México, 1967; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso, 1968; do mesmo, *¿Hacia un conceptualismo jurídico?*, em BFD, UNED, nº 13, Madri, 1998; Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1997; Rocco, Arturo, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, em RDPP, 1910, pp. 497 ss.; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., 1964; Rodière, René, *Introduction au Droit Comparé*, Paris, 1979, ed. Dalloz; Rousselet, Marcel,

Histoire de la Magistrature française des origines a nos jours, Paris, 1957; Rüping, Heirich, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Munique, 1991; Saltelli, Carlo, *La giurisprudenza della Corte Suprema sul codice penale*, em *Ministero di Grazia e Giustizia, Conferenza in tema di legislazione fascista*, Roma, 1940, pp. 99 ss.; Schaffstein, Friedrich, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madri, 1957; Schmidt, Eberhard, *La ley y los jueces*, em Radbruch-Schmidt-Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madri, 1971; Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934; do mesmo, *Finzioni giuridiche*, em *Diritto e cultura*, Roma, 1991, pp. 65 ss. (reproduz a recensão à obra de H. Vaihinger, *Filosofia del como si*, Berlim, 1911); Schmitzer, Adolf, *Vergleichende Rechtslehre*, Basileia, 1961; Schubarth, Martin, *Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen*, em ZStW, 1988, p. 827; Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, 1996; Serrano Maíllo, Alfonso, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Madri, 1999; Silva, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, ed. RT; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, Bs. As., 1943; Silva Sánchez, Jesus Maria, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992; Simon, Dieter, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, 1975; Simon, Paul, *The Senate's rol in judicial appointments*, em *Judicature*, 70, 1986, pp. 56 ss.; Squella, Agustín (org.), *Jhering y la lucha por el derecho*, Valparaiso, 1977; Stephen, James, *A History of the Criminal Law of England*, New York, 1882; Story, José, *Poder Judicial de los Estados Unidos de América, su importancia y atribuciones*, Bs. As., 1863; Sutton, J. S., *American Government*, London, 1982; Tavares, Juarez, Teorias do Delito, S. Paulo, 1980, ed. RT; Tobeñas, Jose Castan, *Los Sistemas Juridicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, Madri, 1957, ed. Reus; Thon, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, 1878; Tocora, Fernando, *Control constitucional y derechos humanos*, Bogotá, 1993; Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, 1997; do mesmo, Tópica e Jurisprudência, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, 1979. ed. Imp. Nac.; Welzel, Hans, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, em *Fest. f. Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 5 ss.; do mesmo, *Recht und Sittlichkeit*, em *Fest. f. Schaffstein*, Göttingen, 1975; também *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlim, 1975; Wilson, O. M., *Digesto de la ley parlamentaria*, trad. A. Belim, Buenos Aires, 1877 (prefácio de Domingo F. Sarmiento); Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951; Wolkmer, Antônio Carlos, Pluralismo Jurídico, S. Paulo, 1997, ed. Alfa Ômega; Yardley, D.C.M., *Introduction to British Constitucional Law*, Londres, 1990; Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., 1990.

§ 8. METODOLOGIA JURÍDICO-PENAL

I. Método e dogmática jurídica

1. O direito penal é um saber jurídico; método significa *caminho*; o *caminho* para alcançar um *saber jurídico* deve ser *jurídico*. O método jurídico é fundamentalmente de interpretação da lei e esta se expressa em palavras (linguagem escrita). Possui um objetivo prático – que é orientar as decisões jurisdicionais – e, portanto, alcança tal objetivo influenciado pela concepção geral acerca de tais decisões. Deriva daí que o método sempre esteja condicionado pelo modelo de estado ao qual o saber jurídico serve, ou seja, sua escolha é precedida por uma decisão política fundamental. Quando o Poder Judiciário se limita a executar as leis, em função de um ordenamento disciplinar da sociedade no marco de um estado verticalizado de forma militar, é suficiente um saber jurídico baseado na interpretação puramente gramatical (como a exegese no estado bonapartista), que faz da lei hierarquicamente inferior uma espécie de fetiche[1]; quando o Poder Judiciário constitui um instrumento nas mãos de uma facção governante que não observa sequer suas próprias decisões prévias, não há método, e sim meras racionalizações jurídicas da vontade arbitrária omnímoda do governo (estado de polícia); se, entretanto, o Poder Judiciário se encarrega efetivamente da produção racional de decisões, no quadro de uma Constituição republicana por cuja supremacia lhe caiba velar, o método se orienta na direção da construção de um sistema (estado constitucional de direito). Mesmo dentro do modelo napoleônico, contudo, o recurso à exegese é insuficiente, apresentando-se apenas como o primeiro passo de uma interpretação útil, fracassando desde logo perante as leis gramaticalmente equívocas ou contraditórias, sem contar com o fato de que a linguagem jamais é totalmente unívoca. Por isso, é claro que o direito não é objeto de interpretação senão fruto dela, ou seja, de uma variável que não depende apenas da legislação mas, sobretudo, da atividade doutrinária e jurisprudencial[2], que nunca é asséptica ou inocente a respeito do poder.

2. Qualquer método, para ser jurídico, requer uma análise exegética (e também histórica e genealógica) da lei e uma posterior *construção explicativa*. Em suma, trata-se da necessidade de construir um sistema, isto é, de formar um conjunto organizado que enlace seus elementos. É, aproximadamente, o que se

[1] Dorado, Pedro, *El derecho y sus sacerdotes*, p. 43. Sobre a escola da exegese, Coelho, Luiz Fernando, Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio, 1979, ed. Forense, pp. 88 ss.

[2] Guastini, Riccardo – Rebuffa, Giorgio, na *Introducción* a Tarello, Giovanni, p. 16.

faz desde que os glosadores inauguraram o saber jurídico-penal[3], recordando-se como primeira definição jurídica do delito aquela formulada por Tibério Deciano[4], e que se expressa como metalinguagem manifesta desde o século XIX[5], com a chamada *dogmática jurídica*, consistente na decomposição do texto legal em elementos simples de conteúdo reconhecido (dogmas), com os quais, em seguida, se procede à construção de uma teoria interpretativa, que deve corresponder a três regras básicas: a) *completitude lógica*, quer dizer, que não seja interiormente contraditória. Esta regra será violada, por exemplo, por uma teoria que considere uma mesma circunstância eximente e atenuante, sem compatibilizar os critérios (sem distinguir os casos onde exime de pena e onde simplesmente a atenua), porque equivale a dizer que alguma coisa é e não é ao mesmo tempo; b) *compatibilidade legal*, ou seja, que não possa imotivadamente postular decisões contrárias à lei. Tal regra não deve ser entendida qual servilismo exegético para com a letra da lei penal subordinada: a construção deve considerar, antes de mais nada, a Constituição e o direito internacional dos Direitos Humanos; a compatibilização deve privilegiar a lei constitucional e internacional; c) *harmonia jurídica*, também chamada de *lei da estética jurídica*[6], segundo a qual a construção deve ser simétrica, não porém artificiosa ou amaneirada, e mostrar certa *grâce du naturel*. Esta regra não se impõe tão absolutamente quanto as duas anteriores, mas sua observância é altamente conveniente. Uma teoria que admita faltar em um pressuposto o que é necessário em outro, e procure sair deste impasse inventando equivalentes eventuais em cada oportunidade, não respeita essa regra.

3. Afirma-se que a dogmática jurídica "estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e subtrai essa aplicação da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação"[7]. O certo, porém, é que não basta a *previsibilidade das decisões* nem a *construção conceitual* para prover segurança jurídica, sem prejuízo de que muitas vezes a dogmática nem sequer tenha permitido tal previsibilidade.

4. Já se observou que o saber jurídico-penal (direito penal) tem por objeto a segurança jurídica (aqui entendida como a dos direitos ou bens jurídicos de toda a população) ao propor às agências jurídicas que operem otimizando seu exercício de poder para controlar, limitar e reduzir o poder das agências de criminalização primária e secundária. Assim, tutelará os bens jurídicos de toda a população diante de um poder que, de outro modo, seria ilimitado (na forma do estado de polícia) e acabaria no caos que o artigo 60, § 4° da Constituição da República quer evitar; deste ângulo, a segurança jurídica, mais que segurança por meio do direito, seria a segurança do próprio direito[8]. Esta percepção do direito penal se esquiva à crítica que considera que o projeto político e social da modernidade frustrou-se por não resolver o problema da violência, por identificar o direito como racionalização da violência[9], respondendo ao famoso paradoxo de Radbruch: *não um direito penal melhor, mas sim algo melhor que o direito penal*[10]. Um direito penal melhor é aquele que reduz o poder punitivo, abrindo assim espaço para modelos eficazes de solução de conflitos, que serão sempre algo melhor que o poder punitivo.

5. Aquela função de prover segurança jurídica não se satisfaz com uma mera previsibilidade das decisões: *segurança jurídica* não é *segurança de resposta*[11]. Tudo dependerá de qual *resposta segura* se trate, pois o estado de polícia costuma oferecer certa segurança de resposta[12], embora o positivo nesses casos pode ser precisamente eludi-la. Não é tampouco suficiente a *construção conceitual* para que o discurso jurídico garanta segurança jurídica. Uma construção conceitual especulativa, elaborada em função de dados legais e dados da realidade selecionados para não desvirtuá-la, racionalizando deste modo qualquer exercício do poder punitivo, mas que omita ser guiada por um sentido político (que não se pergunte para que serve) não é capaz de prover segurança

[3] A rigor, a modernidade jurídica começa no século XII, com a renovação do direito justiniâneo, cf. Pereira dos Santos, Gérson, *Do passado ao futuro em direito penal*, p. 17; Rüping, H., *Grundriss*, p. 33; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, p. 13; Piano Mortari, Vincenzo, *Dogmatica e interpretazione*, p. 13; Legendre, Pierre, em *Derecho y psicoanálisis*, p. 131 ss.

[4] Seu *Tractatus Criminalis* (1590) dizia que "delito é o fato dito ou escrito de um homem, por dolo ou por culpa, proibido pela lei vigente sob ameaça de pena, que nenhuma justa causa pode escusar" (cf. Schaffstein, Friedrich, *La ciencia europea*, p. 112).

[5] Jhering, Rudolf von, *L'esprit du Droit Romain*, t. III, p. 26 ss.; Pasini, Dino, *Ensayo sobre Jhering*; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, p. 616 ss.; completa informação em Agustín Squella (org.), *Jhering y la lucha por el derecho*.

[6] Sobre ela, Jhering, *L'esprit du Droit Romain*, t. III, p. 69.

[7] Cf. Gimbernat Ordeig, Enrique, em *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la filosofía del Derecho*, p. 495 ss.

[8] Radbruch, Gustav, *Introducción*, p. 39; contrapõe-se à tese que sustenta a proteção dos bens jurídicos assinalados pelo legislador, e ao consequente debate com aqueles que postulam a tutela de valores ético-sociais, que se resolvia pela visão dominante atribuindo uma suposta dupla função protetora (assim, Wessels, p. 2; Mezger-Blei, pp. 116-7, Mezger, *Moderne Wege*, p. 21 ss.; Baumann, pp. 13-14; Bockelmann, p. 53 ss.; Mayer, H., p. 20; Stratenwert, p. 28 ss.).

[9] Messner, Claudio, em DDDP, 1/94, p. 51 ss.

[10] Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, p. 69.

[11] A respeito do conceito objetivo de segurança e do sentimento de segurança jurídica, Carrara, *Programma*, n° 103; Carmignani, *Elementa*, n° 124.

[12] Cf. López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho*, p. 161.

jurídica, por mais previsíveis que sejam as decisões jurisdicionais que ela propuser. A velha *jurisprudência de conceitos* seria o paradigma de semelhante construção e sua crítica não é nova[13]. Por outro lado, há também construções conceituais autoritárias e totalitárias, feitas sob medida para estados de polícia, embora algumas pareçam rudimentares, questionáveis portanto em sua consideração como saber jurídico.

6. O objetivo atribuído ao saber jurídico-penal não é produto do método, mas sim pressuposto dele[14]. O método é o *caminho* e este se constrói para chegar a algum destino. O direito penal, neste sentido, é *teleológico*: trata-se de um saber com um destino político definido de antemão, que pode ser garantidor (limitador) ou autoritário (supressor de limites), funcional quanto ao estado de direito ou ao estado de polícia. A construção jurídico-penal não tem outro recurso senão escolher de uma maneira consciente seu objetivo, pois, em caso contrário, não sabe o que constrói, porque não esclarece previamente para que serve e, por conseguinte, ignora a que lugar conduz: *o discurso penal autoritário é irracional por seus objetivos, mas aquele que pretende ser politicamente neutro é irracional por seu método construtivo, sem prejuízo de que possa acabar no autoritarismo e ainda que não o faça.*

7. Os objetivos políticos foram legislativamente moldados desde o século XIX: Feuerbach sustentava que o direito penal – através dos tipos – tutelava *direitos subjetivos*, em oposição ao *bonapartismo*, que lhe concedia a tutela do *direito objetivo*, entendido como *vontade* do estado, da lei ou – o que é pior – do legislador. A vontade do estado ou da lei é algo tão misterioso quanto seu *espírito*; a do legislador pode ser entendida como uma ficção, como a dos projetistas ou a do legislador histórico. A primeira, por não passar mesmo de ficção, não existe; os projetistas são tantos que é muito difícil averiguar qual foi sua vontade, se é que ela existiu; a do legislador histórico é reconhecível, às vezes, se foi expressa nos fundamentos dados (exposições de motivos). As exposições de motivos constituem um dado histórico que não deve ser desprezado como parte da análise da lei, mas que não vincula o intérprete[15].

[13] A crítica originária tocou ao próprio Jhering, *Der Zweck im Recht*. Considera-se o antecedente da chamada "jurisprudência de interesses" (cf. Recasens Siches, Luis, *Panorama*, p. 268 ss.).

[14] Sobre a necessidade de um ponto de partida extralegal para iniciar a cadeia argumentativa, Bacigalupo, Enrique, em DDDP, nº 2, 1983, p. 259.

[15] Cf. *infra*, § 10, IV. Cf. Florez de Quiñones, M.C.R., *Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas juridicas*, Santiago de Compostela, 1972, ed. Un.S.Comp.

8. *É inevitável que o direito penal se assente sobre uma decisão pré-dogmática (ou pré-sistemática) para construir os conceitos sistemáticos, de acordo com um sentido (objetivo político)*, não só como resultado de uma dedução, como também porque, empiricamente, a própria história do direito penal demonstra que tanto se pode teorizar para preservar os espaços sociais de liberdade do estado de direito ou para reduzi-los – conforme o modelo do estado de polícia – quanto se pode construir conceitos de segurança cujo objeto corresponda aos direitos das pessoas ou à autoridade corporativa do estado, ou seja, para consolidar o estado de direito ou para destruí-lo. *A funcionalidade política dos conceitos jurídicos é só um dado ôntico; o sistema pode assumi-la e expressá-la, tornando-a manifesta, mas se não o fizer a única coisa que consegue é deixá-la latente.*

9. Não é possível negar que há *usos relativamente perversos do método dogmático*. Sua aplicação estritamente limitada às leis clássicas (completitude lógica e compatibilidade legal), a restrição de dados para interpretar, reduzindo-os aos normativos (dever ser), a refutação de dados do ser ou sua seleção arbitrária e a incorporação de dados do dever ser como se procedessem da realidade (confusão dos planos normativo e ôntico) permitem construções especulativas conceituais que possibilitam a imposição de penas a fatos que não são ações nem são lesivos; que todo resultado seja considerado previsível; que de todo comportamento se deduza insurgência quanto a um valor jurídico; que todo vulnerável seja tido como perigoso; que todo dissidente seja considerado inimigo do estado ou da sociedade; que toda lesão seja vista como censurável; ou ainda que toda censura alcance a máxima entidade.

10. Todas essas *racionalizações* (*falsas aparências de racionalidade*) foram historicamente construídas em forma de sistema. Prova disso é que, salvo uma minoria (a *Kielerschule*), os penalistas alemães restantes continuaram trabalhando com método dogmático sobre a legislação penal nacional-socialista[16], método também usado pelo fascismo[17], que se colocou a serviço da segurança nacional em nosso continente[18] e que hoje, potencializando o estado de polícia, atende aos esforços de uma absolutização da chamada segurança cidadã com teorias de prevenção geral. Tais racionalizações autoritárias legitimam o poder punitivo, começando por legitimar toda a criminalização primária de uma maneira acrítica. Para cumprir essa função política, seu ponto de partida teórico é uma confusão dos planos normativo e fático: o requisito republicano, segundo o qual *o*

[16] V. Mezger, Edmund, em ZStW, 57, p. 675 ss.

[17] Saltelli, Carlo, em *Conferenze in tema di legislazione fascista*, p. 99 ss.

[18] Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico-penal*.

legislador deve ser racional, transmuta-se na *ficção de que o legislador é racional*[19]. Partindo dessa ficção, a doutrina penal se impõe como tarefa construir um sistema que legitima todas as criminalizações primárias decididas em função de políticas e maiorias conjunturais, sacrificando os dados da realidade que perturbam ou obstaculizam sua elaboração. Deste modo, obteve-se um grau tão refinado de racionalização que é possível explicar, nos termos dessa sistemática perversa, qualquer decisão criminalizante, por mais absurda e arbitrária que seja[20].

11. O princípio republicano de governo impõe que seus atos sejam racionais[21], mas nem sempre eles *são* tudo o que *devem ser*. A chave superadora está *em construir um sistema no qual as decisões jurisdicionais sejam racionais, descartando os atos legislativos, total ou parcialmente, quando sua irracionalidade for irredutível, isto é, formulando uma proposta dogmática que assegure o avanço do princípio republicano e não seu próprio definhamento.*

12. A *perversão na aplicação do método dogmático não é uma consequência da construção conceitual de um sistema*, mas sim do sentido com que se constrói esse sistema (o *para quê* do mesmo), que fracassa quando ele é submetido à servidão de um *estado legal de direito* em lugar de convertê-lo em *instrumento de um estado constitucional de direito*. O estado legal de direito pode não ser autoritário, mas sempre corre o risco de sê-lo como consequência da onipotência legislativa, tendente a clamar por *um sistema dogmático servil e incondicional* que sacrifique a realidade pela pretensa *vontade do legislador*. A sistematização não tem outro efeito senão evitar contradições internas da teoria, transferindo para toda a construção um componente teórico, que será autoritário ou limitador segundo a prévia função política atribuída ao sistema de compreensão que se constrói (teleologia construtiva).

II. Necessidade de construir um sistema

1. O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um *dique* que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o *dique* por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, *filtrando* apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer uma delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção. O direito penal deve opor ao poder punitivo uma seletividade com sinal trocado, configurando perante ele uma *contra-seletividade*. A proposta de uma constante contrapulsão jurídica ao poder punitivo do estado policial, como um *unfinished*, importa atribuir ao juiz penal a função de um personagem trágico[22], cujas decisões nunca aparecerão como completamente satisfatórias, porque deve opor toda a sua resistência ao poder punitivo. O poder punitivo que ameaça transbordar do dique é aquele habilitado pelas leis com funções punitivas latentes ou eventuais. A respeito, porém, do poder punitivo que as leis penais manifestas habilitam, daquele que é menos irracional, não pode fechar-lhe completamente a passagem, embora deva envidar esforços para que seja aberta só quando estiverem ultrapassadas as comportas dos sucessivos momentos processuais (ele as entreabre com o processo, as abre com a prisão preventiva, determina a quantidade que deixa passar com a sentença e controla a que passa durante a execução) e estiver legalmente comprovado que em todos eles ocorre um pressuposto onde a racionalidade do poder está menos comprometida.

2. Nesse percurso, as hidráulicas penal e processual penal devem coincidir, a fim de permitir que as comportas só possam ser ultrapassadas pelo poder punitivo que não apresentar sinais de irracionalidade. Ao fim do percurso, chega-se à *criminalização secundária formal de uma pessoa*, o que em termos jurídico-penais pressupõe *duas grandes linhas de comportas seletivas*: **a)** a primeira impede a passagem do poder punitivo quando *os pressupostos para requerê-lo* à agência judicial não estão dados; **b)** a segunda indica o modo como a agência judicial deve *responder* a esse requerimento. A primeira é chamada de *teoria do delito*, e a segunda de *teoria da responsabilidade penal*.

3. Não causa espécie o fato de que o direito penal tenha se detido para elaborar a teoria do delito de modo sumamente refinado, em especial quanto à aplicação do método dogmático, pois esta, como sistema de filtros que permite formular a indagação acerca dos pressupostos de uma resposta da agência jurídica habilitante do poder punitivo, constitui a mais importante concreção da função do direito penal a respeito do poder punitivo negativo ou repressivo, habilitado pelas leis penais manifestas. Neste capítulo a dogmática jurídico-penal alcançou seu desenvolvimento mais sutil, superdimensionado em relação às demais questões do direito penal.

[19] Cf. Pereira de Andrade, Vera Regina, *Dogmática e sistema penal*, p. 66.

[20] Cf. Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas*, p. 51; Pereira de Andrade, Vera Regina, *Dogmática e sistema penal*.

[21] Sobre níveis e critérios de racionalidade (linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica, ética), Nozick, Robert, *La naturaleza de la racionalidad*; García, José Fernando, *La racionalidad en política y en ciencias sociales*; Atienza, Manuel, *Tras la justicia*, p. 199 ss.

[22] Dreher, Eduard, em *Fest. f. Bockelmann*, p. 45.

4. Dentro do esquema tradicional de discursos legitimantes do poder punitivo, *pôs-se em discussão a necessidade de um sistema*, com diversos argumentos e objetivos. Tendo em vista o desenvolvimento tão notório e desproporcionado da teoria do delito, não é de se estranhar que nesse assunto se confundam as críticas ao próprio método e à dogmática com aquelas que se dirigem para algumas específicas construções da teoria do delito.

5. Hoje em dia tornaram-se históricas as críticas à construção do sistema de compreensão proveniente da *Escola de Kiel*, ou melhor, do nacional-socialismo penal ativo e militante, que defendia um delito entendido como *totalidade*, reduzindo o direito penal a pura decisão política. Estamos procurando demonstrar que a construção do sistema pressupõe uma decisão política pré-sistemática, ao contrário de uma construção tradicional que, às vezes, a esquece e considera possível construir um sistema que prescinda dessa decisão (como, por exemplo, a maior parte do neokantismo); a *Kielerschule* tentou o caminho exatamente inverso: resolveu ficar com a pura decisão política. É perfeitamente explicável: a decisão política irracional em favor do estado de polícia desiste de oferecer à agência judicial um programa racional de decisões, não só desnecessário como também incômodo e perturbador para o estado de polícia[23].

6. Tão históricos quanto os esforços dos penalistas de Kiel são aqueles levados a cabo pelos jus-filósofos da escola egológica argentina[24], os quais não ostentavam signo político manifesto, sendo duvidoso que, em alguns aspectos, correspondessem a essa corrente de uma maneira ortodoxa. No caso da egologia, as tentativas de aplicar a teoria do direito em geral ao direito penal em particular não passaram de manifestações isoladas. Do mesmo modo, os escassos ensaios baseados no neokantismo de Marburgo tampouco surtiram efeito[25].

7. O entendimento do direito penal anglo-saxão (sobretudo britânico) conservaria mais atualidade, como uma prova empírica das possibilidades de funcionamento de uma agência judicial que oferece garantias, apesar de não dispor de um sistema teórico de direito penal e especialmente do delito[26]. Trata-se de um posicionamento pouco convincente, porquanto é bastante claro o fato de que a jurisprudência inglesa dispõe de um sistema estruturado na *mens rea* e no *actus reus*, quer dizer, de um sistema *objetivo-*

[23] Sobre o irracionalismo de Kiel, Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología*, p. 176.

[24] Landaburu, Laureano, *El delito como estructura*; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica*.

[25] V., por ex., Klein Quintana, Julio, *Ensayo de una teoría jurídica del derecho penal*.

[26] Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática*; do mesmo, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*.

subjetivo, que não é tão rudimentar quanto se pretende[27] nem muito diferente dos do século passado europeu continental e daquele ainda hoje vigente na doutrina francesa. Teóricos e legisladores de tradição anglo-saxônica foram influenciados por legisladores europeus continentais[28], e as respectivas obras doutrinárias registram tal influência. As comparações doutrinárias não são raras nas últimas décadas[29], o que comprova a existência de um sistema, pois, de outro modo, seria impossível levá-las a cabo.

8. Outra vertente crítica observa que a construção de um sistema pode prejudicar a justiça quanto à solução de casos particulares, reduzir as possibilidades de solucionar problemas, chegar a decisões contrárias à política criminal ou incidir na aplicação de conceitos excessivamente abstratos[30]. A rigor, esses defeitos não são atribuíveis à existência de um sistema, mas às características particulares de alguns sistemas. Merece especial menção a observação referente à política criminal: se, como tal, se entende a dificuldade para levar alguma função manifesta da pena até suas últimas consequências, em um sistema que o impede pela necessidade de não contradizer algum dado legal ou interno, além de que, às vezes, isso possa ser uma vantagem e não um defeito (quando um limite impede a pretensão de impor tudo aquilo de que a aspirada prevenção necessitaria), nos casos contrários se trata de um defeito também atribuível à construção do sistema e não à sua mera existência. Se se constrói um sistema partindo de uma pretensa função positiva do poder punitivo, e a medida da pena que esta função indica não pode ser obtida porque a lei não o permite, deve optar-se entre considerar inconstitucional a lei ou metodologicamente incorreta a construção, por violar a regra da compatibilidade legal.

9. Outra objeção à sistematização do direito penal e especialmente do delito poderia provir da chamada *tópica* ou *pensamento problemático*, que remonta a Aristóteles, Cícero e Vico, e que consiste em argumentar favorável e contrariamente a todas as possíveis soluções de cada caso em particular, até chegar a uma que suscite consenso geral como manifestação de vontade comum (tal como Viehweg propôs em famosa conferência de 1950)[31]. Além do fato de que o método traga poucas inovações, pois é a base de qualquer gênero de propostas conciliatórias, conhecidas em matéria de ofensas à honra há alguns séculos[32], e de que a solução por consenso seja

[27] Cf. o desenvolvimento de Smith-Hogan; o conceito de *mens rea* em Cadoppi, Alberto, *Estratto dal Digesto*; historicamente, Prentiss Bishop, Joel, *New Commentaries*; Stephen, James Fitzjames, *A history*.

[28] Cf. Cadoppi, Alberto, em RIDPP, 3, 1992.

[29] Por exemplo, Eser, Albin – Fletcher, George S., *Rechtfertigung und Entschuldigung*.

[30] Roxin, p. 214.

[31] Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofia*. Cf. também sua tese de livre-docência em Munique, de 1953 (Viehweg, Theodor, Tópica e Jurisprudência, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, 1979. ed. Imp. Nac.)

[32] Albergati, Fabio, *Del modo di ridurre à pace l'inimicitie private*.

tradicional em muitas culturas pré-hispânicas de nosso continente, é natural que o âmbito onde a tópica tenha sido discutida mais amplamente seja o do direito civil, por se tratar de um insumo retórico para a solução conciliatória de conflitos. Sua aplicação ao direito penal[33] só é imaginável à medida que sejam adotados mecanismos de *diversion*[34], nos quais os conflitos saiam do direito penal para serem resolvidos por via conciliatória, mas enquanto tais conflitos se mantiverem dentro do modelo punitivo torna-se impossível, porquanto a intervenção penal é incompatível com a conciliação, por ter suprimido a vítima: não há qualquer possibilidade de consenso quando uma das partes fica excluída do modelo e passa a ser substituída pelo poder, que assume seu papel através de uma ficção.

10. As objeções que foram formuladas à construção de um sistema em direito penal e à dogmática jurídico-penal em particular, especialmente no âmbito da teoria do delito, têm considerável consistência e não podem ser ignoradas, até porque a sistematização não cumpriu suas promessas[35]. Em boa medida, pode-se mesmo afirmar que o empenho sistemático facilitou a racionalização do poder punitivo e não questionou sua função, bem como que a pluralidade de teorias permitiu sustentar soluções díspares e, portanto, proceder de modo arbitrário. Cabe imputar ao empenho sistemático alguns equívocos, principalmente pelo mito do legislador racional, instrumento teórico que lhe subtraiu força crítica[36]; a pretendida assepsia ideológica de algumas construções ignorou que a ideologia é parte inevitável do discurso jurídico[37]; certo uso do método propiciou comparações com a geometria e a teologia[38]; frequentemente incidiu-se num excesso de normativismo[39] com formulações exclusivamente abstratas[40], o que por vezes levou-o a encerrar-se numa "jaula de Faraday"[41]; a deficiência na integração dos postulados dos direitos humanos[42], que exige uma séria

[33] Em sentido crítico e reivindicando a necessidade do sistema, Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método*, p. 105.

[34] Sobre este conceito, Kury, Helmut-Luchenmüller, Hedwig, *Diversion;* cf. RIDP, v. 54, 1983, nº 3-4.

[35] Cf. Pereira de Andrade, Vera Regina, op. cit.

[36] Sobre este mito, Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*.

[37] Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*; sobre os diferentes conceitos da ideologia e sua história, Eagleton, Terry, *Ideología*.

[38] Gardella, Juan Carlos, em *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 230; Cerroni, Umberto, *Metodología y ciencia social*, p. 112. Afirma-se que a ideia de sistema, estreitamente vinculada à questão da certeza da fé no debate teológico, teria passado, no início do século XVII, da astronomia e da teoria musical à teologia, à filosofia e à jurisprudência (Luhmann, Niklas, *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, trad. A. Febbrajo, Bolonha, 1978, ed. Il Mulino, p. 35).

[39] Küpper, Georg, *Grenzen*, p. 202; Creus, Carlos, em NDP, nº 1997/B, p. 609 ss.

[40] Novoa Monreal, Eduardo, *La evolución del derecho penal*, p. 46; do mesmo, em DP, 1982, p. 567 ss.

[41] Schubarth, Martin, em ZStW, 1998, p. 827.

[42] Carvalho, Salo de, em DS-CDS, nº 4, 1997, p. 69 ss.

renovação crítica[43]; e, por fim, o empenho sistemático costuma esquecer-se de que a interpretação judicial das leis é um ato de compreensão de textos, e por isso marcado também pelas limitações, preconceitos, subjetivismos, rotinas e espontaneidade das demais formas de compreensão[44].

11. Tais objeções propõem duas questões: a) a *metodologia que permitiu a legitimação do poder punitivo será útil para limitá-lo, no momento de efetuar sua deslegitimação como base de um direito penal moderador e redutor dele?* b) *É possível construir um sistema a partir da deslegitimação do poder punitivo?* Cabe uma resposta afirmativa às duas perguntas. Responder negativamente a essas perguntas implicaria assumir a mesma atitude da *Kielerschule*, apenas de modo inverso: tratar-se-ia de substituir o sistema por uma decisão política pura, só que em lugar de fazer a opção pelo estado de polícia, far-se-ia pelo estado de direito. Tal tentativa provocaria uma ruptura do próprio estado de direito: o estado de polícia tolera a substituição política (sendo, por definição, arbitrário – sua única coerência se dá através da vontade do poder, cuja expressão mais elevada é o *Führerprinzip*)[45], mas não a tolera o estado de direito, que impõe aos juízes decisões racionais. A circunstância de que o sistema deva ser construído completando-se logicamente a partir de uma função moderadora não lhe tira o caráter de sistema: as contradições com soluções obtidas por um sistema que apenas se constrói em busca de completitude lógica (supostamente livre de qualquer funcionalidade política) serão inevitáveis e dificultarão a discussão e comunicação entre teorias, mas este é o conhecido problema da *incomensurabilidade*, dilema próprio da epistemologia geral e não do direito penal em particular[46].

12. O desenvolvimento conceitual do direito penal – em particular, o referente à teoria do delito – constitui um esforço de raciocínio e pesquisa muito peculiar dentro do campo jurídico. Quase todas as possibilidades sistemáticas de construção, com díspares fundamentos filosóficos, de teoria do conhecimento e de metas políticas foram exploradas. Refutar essa experiência e esse treinamento seculares, na tarefa de construir um direito penal exclusivamente redutor do exercício do poder punitivo, seria mergulhar no consabido absurdo de pretender descobrir o que todos conhecem e levaria a uma série de desatinos

[43] Fernández Carrasquilla, Juan, em *Actualidad Penal*, nº 2, 1995, p. 69 ss.

[44] Hassemer, Winfried, *Crítica del derecho penal de hoy*, p. 42.

[45] Seu enunciado em Frank, Hans, *Im Angesicht des Galgens*, p. 466; do mesmo, *Rechtsgrundlegung des nazionalsozialistischen Führerstaates*, pp. 11 e 39.

[46] Feyerabend, Paul K., *Diálogo sobre el método*.

intuicionistas isolados e, sobretudo, inidôneos para a função prática do direito penal (orientar as agências jurídicas do sistema penal). O direito penal se dissolveria numa crítica política sem sentido prático[47]. No fundo, seu resultado seria legitimante através da neutralização da crítica discursiva: *a extrema radicalização política do discurso anula seus efeitos críticos, pois produz um imobilismo impotente por incapacidade de mudar tudo a partir de uma prévia redução a nada.* Certamente isto não significa que haja um único sistema ou construção válidos[48], pois o saber jurídico, que nesse aspecto não se distingue dos demais saberes, sempre admite a elaboração de um sistema livre de contradições, embora incompatível com outro que tampouco as contenha[49].

13. Para um direito penal entendido como filtro redutor da irracionalidade e da violência do poder punitivo, as comportas do dique penal que contiverem as águas desse poder devem fazê-lo com inteligência. Descartado o impedimento da passagem de toda a água (que levaria o dique à estagnação ou à ruptura), ele não poderá permitir a passagem de qualquer água nem de qualquer forma: sua quantidade, qualidade e forma de passar devem ser cuidadosamente predeterminadas. Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a *seleção penal deve ser racional*, para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva. Duas seleções irracionais resultariam, pelo menos, numa soma de irracionalidades, sem prejuízo de sua eventual potenciação. As comportas não podem operar esta seleção inteligente se não se combinarem em forma de sistema, aqui entendido – ante a equivocidade do vocábulo – em seu significado kantiano: *"a unidade de diversos conhecimentos, segundo uma ideia"*, de modo que, *a priori*, se conheça o âmbito de seus componentes e os lugares das partes[50].

[47] O ensaio mais refinado para resolvê-lo a partir da teoria política é o uso alternativo do direito; cf. Barcellona, Pietro – Cotturri, Giuseppe, *El estado y los juristas*; também Andrés Ibañez, Perfecto, *Política y justicia en el estado capitalista*. No Brasil, numa clave instigante de pluralismo jurídico, cf. Bueno de Carvalho, Amilton, Direito Alternativo em Movimento, Niterói, 1997, ed. Luam; do mesmo (dir.) Revista de Direito Alternativo, S. Paulo, 1992, ed. Acadêmica. Cf. ainda Arruda Jr., Edmundo L., Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa, S. Paulo, 1993, ed. Acadêmica; Wolkmer, Antônio Carlos, Pluralismo Jurídico, S. Paulo, 1997, ed. Alfa Ômega.

[48] Cf. Muñoz Conde, Francisco, em *Rev. Penal*, nº 5, 2000, p. 44 ss.

[49] Cf. Price, H. H., *Truth and Corregibility*, p. 19 ss.

[50] Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, II, 696.

III. Sistemas classificatórios e teleológicos, dogmáticas legitimantes e poder político e jurídico

1. Os sistemas de compreensão elaborados pelo direito penal podem ser *teleológicos* ou *classificatórios*[51], segundo sua elaboração pressuponha uma funcionalidade política e social ou se limite a simplesmente organizar, classificar e hierarquizar elementos ou componentes[52]. Neste último caso, omitem toda referência ao objeto que o saber penal busca, ou o subestimam, com o que sua função fica latente. Embora a opção por um ou outro caminho pertença aos teóricos, nem por isso se deve pensar que a aceitação de um ou de outro critério depende apenas de uma decisão teórica desvinculada do poder. A esse respeito nenhuma teoria conspiratória é verdadeira, sendo incabível imaginar que a doutrina se elabore diretamente por incumbência do poder. O êxito político de uma sistematização (sua influência sobre as agências jurídicas) depende do poder, porque o saber jurídico é aplicado, ou seja, é um saber posto a serviço das agências jurídicas e estas preferem os sistemas de compreensão que sejam mais úteis para seu próprio exercício, o que, por sua vez, depende da estrutura de poder da agência jurídica e do estado. Os teóricos podem afastar-se dessas necessidades, mas suas construções não terão êxito político – pelo menos imediato – porquanto as agências não as assumirão por resultarem disfuncionais para o modelo decisório que a estrutura de poder na qual estão inseridas lhes impõe. Na história do saber penal podem ser encontradas construções teóricas marginais, algumas citadas como raridades, embora fossem inteligentes e de maior valor científico que outras, mas que não exerceram influência alguma sobre as agências jurídicas, em virtude de não servirem ao exercício de poder na ocasião. Outras vão adquirir importância em uma etapa histórica posterior à sua formulação: Beccaria e suas traduções não influíram sobre os tribunais, mas sim sobre os políticos de seu tempo, pois a doutrina que as agências jurídicas daquele momento absorviam era a dos comentaristas das leis vigentes; Dorado Montero não influiu tampouco sobre os juízes etc. Em geral, as que obtêm êxito – inclusive político – conseguem isso através das agências ideológicas reprodutoras, nas quais são treinados os futuros operadores das jurídicas.

2. *Ensaiar um sistema de compreensão do direito penal para um estado constitucional de direito não é a mesma coisa que ensaiá-lo para um estado legal de direito.* O segundo tenderá a ser classificatório, porque suas agências judiciais requerem organização que lhes permita resolver os casos sem deixar de fora a racionalização de toda e qualquer lei penal. Elas não enfrentam o

[51] Cf. Jescheck-Weigend, p. 204; Jakobs, p. 158, nota 14.

[52] Assinalando sua origem nos pandectistas, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em BFD, UNED, nº 13, Madri, 1998.

problema da constitucionalidade das leis penais, porque não têm poder de decisão sobre o assunto. Este foi o quadro de poder condicionante da dogmática jurídico-penal europeia, que não tinha experiência amadurecida de controle de constitucionalidade até o fim da II Guerra Mundial.

3. O elaborado sistema de compreensão do direito penal alemão se iniciou no século XIX, a cargo de doutrinadores (como Binding, Merkel e os hegelianos) que se esquivavam do problema da constitucionalidade e ilegitimidade das leis penais, pois partiam do pressuposto de um estado racional (legislador racional) e não suspeitavam da subsistência de um estado de polícia sob múltiplas máscaras[53]. Seria natural que envidassem esforços para o aperfeiçoamento dos requisitos de operatividade de um poder que consideravam substancialmente racional. O desenvolvimento de sistemas teóricos nessas bases foi estimulado porque cumpria uma clara função pragmática, como classificar elementos e oferecer um método de análise, o que facilitava tanto o ensino do direito (treinamento de futuros burocratas) quanto a atividade judicial nos casos concretos (exercício do poder decisório). Essa função pragmática (ensino e decisão) potencializou o desenvolvimento teórico do delito quando a tarefa judicial foi encomendada a agências jurídicas burocratizadas e verticalizadas, às quais se chegava após um longo treinamento acadêmico[54] e que eram próprias de um estado legal de direito.

4. O privilégio da função pragmática do direito penal favoreceu a tendência aos sistemas classificatórios, especialmente em teoria do delito[55], os quais procuraram preferentemente a distinção e organização de características e elementos, sem contudo derivar sua sistemática de uma função política do direito penal ou de uma teoria da pena que a ela obedecesse, salvo quanto à ficção do legislador racional, do qual obviamente jamais proviria qualquer arbitrariedade. Por isso, pôde ser mantida uma vaga teoria dissuasória da pena, com componentes ou limites retributivos, somente para sustentar a função motivadora das normas e o caráter tutelar do direito penal como verdade dogmática[56].

5. É compreensível que essa sistemática tenha sido mais ou menos adotada em toda a Europa continental ou que outras similares se tenham desenvolvido, ainda que com menor perfeição e refinamento, em virtude das mais modestas exigências das respectivas burocracias judiciais. Na realidade, o modelo burocrático de agência judicial, convertido em uma pirâmide em cuja cúspide um tribunal de cassação unificador de jurisprudência exercia um poder interno homogeneizante, começa na Prússia[57], mas depois se estende à França napoleônica e dali a toda a Europa. O modelo napoleônico de poder judicial, como burocracia hierarquizada, piramidal e com carreira análoga à militar, é fruto da Revolução Francesa que, por desconfiança de que os tribunais do *ancien régime* recuperassem poder[58], outorgou ao tribunal de cassação instrumentos de controle para evitar que os juízes se distanciassem das leis promulgadas pelo parlamento. Este foi o mais acabado modelo de estado legal de direito, no qual os juízes não dispõem de nenhuma faculdade de controle constitucional da própria lei[59]. Esgotada a utopia de juízes eleitos e leigos, que aplicam códigos tão claros que dispensam conhecimentos jurídicos especiais, característica da primeira etapa daquela revolução[60], Napoleão manteve o controle dos juízes pelo *soberano* (já não mais o parlamento) através de um tribunal de cassação como chefatura hierárquica de uma forte burocracia piramidal de funcionários intensamente adestrados na docilidade reprodutora dos critérios judicantes superiores[61]. Esses juízes europeus e seus tribunais superiores precisavam de sistemas classificatórios, que lhes permitissem ordenar os critérios recebidos de seus superiores e ordenadamente enunciar os seus próprios critérios. A isso se deve o êxito político desse gênero de elaborações, que entrou em crise juntamente com o modelo de agências judiciais às quais se adequava, tendo em vista que tais burocracias judiciais desempenharam um detestável papel político nos mais variados autoritarismos europeus de entreguerras[62].

6. O estado constitucional de direito europeu é recente, pois o controle da constitucionalidade das leis só se desenvolveu a partir do pós-guerra (na Alemanha, Itália, Áustria, Suíça, Espanha, Grécia, Portugal), tendo em vista que os raros ensaios anteriores nesse sentido haviam fracassado juntamente com os sistemas políticos que os estabeleceram (na Áustria, Checoslováquia e na então

[53] Cf. Schmidt, Eberhard, *La ley y los jueces*, p. 36.

[54] Cf. Simon, Dieter, *Die Unabhängigkeit des Richters*, pp. 41-48; Rousselet, Marcel, *Histoire de la Magistrature*.

[55] Como tal pode considerar-se o sistema de Liszt-Beling, cf. Roxin, loc. cit.; cf. Tavares, Juarez, Teorias do Delito, S. Paulo, 1980, ed. RT, pp 17ss.

[56] Cf. *infra*, § 9, I.

[57] Cf. Picardi, Nicola, em *Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina*, p. 279 ss.

[58] Sobre a arbitrariedade dos juízes do antigo regime e a reação gerada, Azevedo de, Plauto Faraco, *Aplicação do direito*, p. 113.

[59] Accattatis, Vincenzo, em *Questione Giustizia*, 4, 1989, p. 1 ss.

[60] A rigor, nenhum juiz assume ser apenas a boca da lei; cf. Bachoff, Otto, *Jueces y constitución*, p. 23.

[61] Sobre as consequências políticas desta estrutura, Masson, Gérard, *Les juges et le pouvoir*.

[62] Cf. Hannover, Heinrich – Hannover, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*; Guarnieri, Carlo, *Magistratura e politica in Italia*, p. 87; Papa, Emilio R., em *Questione Giustizia*, 1987, p. 705 ss.; Cano Bueso, Juan, *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*; Bastida, Francisco J., *Jueces y franquismo*; Grante, James A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*; Tocora, Fernando, *Control constitucional y Derechos Humanos*.

República Espanhola)[63] no período de entreguerras, a começar pela Áustria, na *Oktoberverfassung* de 1921, por inspiração de Kelsen. A novidade conduziu a que se discuta, até hoje, se a função das cortes constitucionais europeias é política ou judicial[64]. A tradicional oposição entre o *controle centralizado* (modelo austríaco), no qual o tribunal invalida a norma legal inconstitucional *erga omnes*, e o *controle difuso* (modelo norte-americano), no qual o tribunal invalida a norma legal inconstitucional no caso concreto, restou superada no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, por um amplo mecanismo de *controle misto*, no qual convivem o controle centralizado (através da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) e o controle difuso (através da arguição de inconstitucionalidade da norma legal aplicável ao caso concreto, que pode ser formulada perante qualquer juiz ou tribunal)[65]. O surgimento do controle da constitucionalidade das leis, visto pelo prisma das leis penais, gerou consequências importantes, particularmente na Itália, onde a crítica constitucional à lei tem sido muito veemente, porém só recentemente a doutrina brasileira passou a incorporar tal crítica[66], antes impedida pela forte influência da sistematização proveniente do estado legal de direito europeu.

7. A doutrina inglesa teve um desenvolvimento diverso, pois seu êxito social dependeu de outra história de poder e de outra estrutura e proveniência

[63] Cf. Capelletti, p. 70 ss.; Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Las nuevas constituciones del mundo*; Fix Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*.

[64] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, p. 27, frisa que na atualidade toda a teoria política e jurídica se interroga acerca da conciliação da supremacia constitucional e do princípio democrático, com atenção no controle constitucional judicial. Sobre isso também Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*; Häberle, Peter, *Hermenêutica constitucional*; Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, p. 233 ss.; Nino, Carlos S, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 673 ss.

[65] Antes da proclamação da República, seria impensável um controle da constitucionalidade das leis, de vez que "a sanção imperial expungia-as de qualquer vício"(Jacques, Paulino, Curso de Direito Constitucional, Rio, 1962, ed. Forense, p. 174). A primeira Constituição republicana admitia o controle de leis estaduais, e foi a lei n° 221, de 1894, que autorizou abstivessem-se os tribunais de aplicar leis "manifestamente inconstitucionais". A partir da Constituição de 1934 foi o princípio expressamente reconhecido. Cf. Silva, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, ed. RT, pp. 49 ss; Bastos, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, S. Paulo, 1989, ed. Saraiva, pp. 323 ss; Moro, Sérgio Fernando, Legislação Suspeita? Curitiba, 1998, ed. Juruá; ampla notícia bibliográfica em Barroso, Luís Roberto, Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva, p. 216.

[66] Cf. Luisi, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, P. Alegre, 1991, ed. Fabris; Cernicchiaro, Luiz Vicente – Costa Jr., Paulo José, Direito Pena na Constituição, S. Paulo, 1990, ed. RT; Shecaira, Sérgio Salomão – Corrêa Júnior, Alceu, Pena e Constituição, S. Paulo, 1995, ed. RT; Ribeiro Lopes, Maurício Antônio, Teoria Constitucional do Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. RT.

das agências jurídicas. Na Grã-Bretanha, o saber acadêmico tem reduzida influência sobre o exercício do poder das agências jurídicas. Isto se deve ao fato de que, há séculos, as nobrezas locais foram submetidas ao poder central da monarquia e, depois, iniciou-se uma longa disputa entre o poder real e o do parlamento. Nessa contenda, o parlamento se declarou onipotente ao ponto de, revelando seus próprios preconceitos de gênero, ter Lord Holt dito que ele "poderia fazer até coisas que fossem algo ridículo: poderia fazer com que Malta estivesse na Europa, poderia fazer de uma mulher corregedora ou juíza de paz, contudo não poderia mudar as leis da natureza, como fazer de uma mulher um homem ou de um homem uma mulher. O tribunal supremo integrou-se à câmara alta e os advogados se incumbiram da formação dos candidatos a juízes, que o poder político deve escolher entre aqueles treinados e habilitados pelas corporações de advogados, razão pela qual estes últimos sempre se opuseram à formação de uma burocracia judicial[67]. Devido a essa dinâmica do poder, o sistema do saber penal inglês com êxito político possui características rudimentares, de vez que, baseado na prática jurisprudencial, não admite o exercício de um poder acadêmico forte, tendo em vista que os juízes são mais adestrados nos escritórios de advocacia do que nas universidades.

8. Essa tradição um tanto rudimentar foi útil aos Estados Unidos, que jamais a abandonaram, porque quando substituíram o sistema inglês por outro, no qual os juízes controlavam os legisladores (exatamente de modo inverso ao francês revolucionário e ao napoleônico), as forças políticas não permitiram tampouco que os juízes fossem recrutados por uma burocracia corporativista, mas cuidaram ciosamente de sua designação através de critérios partidários[68].

9. Entre nós, até o advento da Constituição da República de 1988, adotou-se o modelo proveniente dos Estados Unidos, no qual os juízes exercem um controle de constitucionalidade difuso, de acordo com a Carta de Virgínia, que, no polo oposto à Revolução Francesa, criou um poder judicial com capacidade de controle sobre o legislativo[69] e um poder judicial recrutado partidariamente. Em que pese a óbvia influência da doutrina constitucional norte-americana sobre nossos professores na matéria, nossa doutrina penal foi importada da Euro-

[67] Cf. Birch, Anthony H., *British System of Government*; Yardley, D.C.M., *Introduction to British Constitutional Law*, p. 61 ss.; Hartley, T.C. – Griffith, J.A.G.,*Government and Law*, p. 174 ss.; em especial, Griffith, J.A.G.,*Giudici e politica in Inghilterra*. Para a declaração de Lord Holt, Wilson, O. M., D., *Digesto de la ley parlamentaria*, p. 195.

[68] Cf. Chase, Harold W., *Federal Judges: the appointing process*; Simon, Paul, em *Judicature*, 70, 1986, p. 55; Morenilla Rodríguez, José María, *La organización de los tribunales*; Sutton, J.S., *American Government*, p. 135 ss.

[69] Davis, M.H., em *The Journal of Comparative Law*, 1987, p. 559 ss.

pa continental, onde o controle de constitucionalidade era desconhecido nem se propunha a *legalidade da lei*, mas havia apenas uma sistematização classificatória organizadora de elementos que facilitassem o ensino e as decisões. Por conseguinte, entre nós, as fontes da doutrina penal provêm das elaborações classificatórias próprias dos estados legais de direito e foram inseridas em um saber jurídico para agências que, constitucionalmente, corresponderiam a um estado constitucional de direito. Tal fenômeno se explica em grande parte pela peculiar disparidade entre o modelo de estado constitucionalmente programado e o realizado, de fato, durante todo o período das repúblicas oligárquicas latino-americanas.

10. Posteriormente, nosso continente sofreu diferentes formas de autoritarismo político, que frontalmente mantiveram separados o estado real e o estado programado nos textos fundamentais. No discurso penal foram recepcionados sistemas de compreensão provenientes de países europeus submetidos a longas ditaduras, nas quais a doutrina se adequava aos controles sobre a vida acadêmica e às necessidades das burocracias judiciais que se refugiavam no culto à lei, como um meio de defender-se das arbitrariedades ainda piores que podiam advir de qualquer tentativa de separar-se dela e sob o risco de que se pudesse perder, inclusive, a mera segurança da resposta. Isso obteve êxito social e político em nosso continente, dominado por inúmeras formas de autoritarismo que proporcionavam, ainda, menores garantias do que os estados legais de direito dos países europeus. Tanto ali quanto aqui, o discurso classificatório serviu, às vezes, de defesa mínima contra a arbitrariedade. Apesar desses eventuais efeitos positivos, não se pode ignorar a respectiva pobreza ideológica e sua funcionalidade para um modelo de estado que não é o constitucional.

11. É possível argumentar que os sistemas teleológicos (que assumem uma função política expressa) podem ser elaborados também para servir a agências de estados autoritários. A isso cabe responder com três argumentos: **a)** é verdade que os estados policiais podem assumir discursos penais com sistemática teleológica, mas não é menos verdadeiro o fato de ser mais funcional para eles não se valerem de qualquer sistema, porque desse modo podem exercer mais amplamente seu arbítrio. A lógica de poder do estado policial é escassamente compatível com uma teoleologia sistemática; por conseguinte, *nos estados de polícia os sistemas de compreensão teleológicos são contingentes, enquanto nos estados constitucionais de direito são necessários;* **b)** a correção de um sistema de compreensão não depende de que seja ele meramente teleológico, mas sim de qual a função que lhe é atribuída em sua teleologia: *da circunstância de que alguns estados policiais possam, funcionalmente, optar por objetivos sistemáticos irracionais não se deve deduzir a conveniência de suprimir ou evitar os objetivos, mas sim a de estabelecer objetivos racionais;* **c)** a pretensão de evitar a decisão política anterior à construção do sistema implica ensaiar uma sistemática que, de qualquer maneira, terá uma função política, ainda que latente; o resultado não pode ser outro senão o aumento dos riscos de maiores incoerências ideológicas e de prestação inconsciente de serviços políticos aberrantes.

12. A doutrina classificatória, que pretende legitimar toda a legislação penal a partir da ficção da racionalidade imanente ao legislador, também tem limites que a cultura lhe impõe: era própria do século XIX e começo do XX, com códigos mais ou menos estáveis e reduzida legislação penal extravagante, mas quando o legislador incorre em uma descodificação enorme e contraditória – como acontece na atualidade – a falsidade da ficção é evidente e ninguém se atreve a propô-la seriamente. Eis o efeito das elaborações legislativas conjunturais, que dificultam sucessivamente a tarefa codificadora e interpretativa. A pretensão de criar corpos legislativos completos e não-contraditórios – o anelo do movimento codificador do século XIX – entra em choque com o protagonismo parlamentar que incrementa as contradições e lacunas legislativas e banaliza a legislação penal. Trata-se de um epifenômeno (negativo) de outro (positivo), que é o protagonismo parlamentar na democracia representativa. Daí, a máxima importância de um sistema teleológico orientado para a redução e contenção do poder punitivo e para a decidida assunção do controle de constitucionalidade das leis penais, como um meio de neutralizar o epifenômeno negativo e reforçar o fenômeno positivo.

13. Quanto à preferência dos estados policiais por uma metodologia irracional e a refutação de qualquer dogmática, é uma questão de grau. Ao tempo em que, na Itália fascista, tolerava-se um tecnicismo jurídico não apenas desvinculado, mas quase inimigo da filosofia[70], o nazismo rejeitava o mesmo ensaio desenvolvido por Heck[71], visando uma construção metodológica neutra para chegar a uma ciência jurídica livre da filosofia. Em 1935 foi convocado o famoso *acampamento de Kitzeberg*, reunindo os jovens do partido nazista, quase todos professores em Kiel, de onde originou-se a *Kielerschule*, cujos expoentes foram Georg Dahm (reitor de Kiel entre 1935 e 1937) e Friedrich Schaffstein em direito penal, Karl Larenz em filosofia jurídica e teoria do estado, E. R. Huber em direito constitucional e Michaelis, Siebert e Wieacker em direito civil. Binder, Larenz, Forsthoff e Siebert dirigiram ataques à pretensão de

[70] V. o tecnicismo jurídico de Arturo Rocco, em RDPP, 1910, p. 497 ss.; sobre isto, De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, p. 63 ss.; Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco y el método técnico-jurídico*; Manzini, Vincenzo, *Tratado*, I, p. 11; Baratta atribui a Antolisei a reação realista frente a esta corrente (Baratta, Alessandro, em RIFD, 1972, p. 49), embora a reação teleológica próxima ao realismo de Welzel tenha correspondido a Bettiol (cf. Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología*, pp. 179 e 187); cf. Marini, Gaetano, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*. Sobre realismo e idealismo jurídicos, desde outra perspectiva, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 63 ss.

[71] Heck, Philipp, *Begriffbildung und Interessejurisprudenz*.

Heck no sentido de uma ciência jurídica livre de filosofia[72]. O normativismo vazio e formal foi varrido por um direito natural degradado e torpe, cujo máximo corifeu foi Carl Schmitt: *o pensamento jurídico völkisch considera a lei sobretudo como forma não isolada, e sim no contexto de uma ordem cujo pensamento básico é supralegal, pois sua essência tem raízes no costume e na concepção jurídica do povo*[73].

IV. A sistemática teleológica do direito penal limitador

1. Não é possível prescindir-se de um *sistema conceitual* na elaboração de um direito penal que almeje cumprir alguma função dentro de um modelo de estado de direito, por ser inadmissível que a irracionalidade seja fonte de um saber que aspira a uma função racional. O sistema demanda uma *decisão política prévia* que lhe permita sua *construção teleológica* baseada em uma função manifesta, porque, do contrário, seria igualmente irracional (um caminho sem objetivo), violentaria a realidade (ao pretender que seus conceitos não tenham função política, apenas porque não a expressam) e, além do mais, seria politicamente negativo (pretenderia servir para qualquer objetivo, incluindo os do estado de polícia). Mesmo porém com todas essas precauções não se garante um sistema teleológico racional, pois tudo dependerá do conteúdo da mencionada decisão, isto é, da função manifesta que lhe seja atribuída. No estado constitucional de direito o objetivo do direito penal deve ser a segurança jurídica, ameaçada pelo exercício ilimitado do poder punitivo. Segurança jurídica é a segurança dos bens jurídicos de toda a população. São bens jurídicos aqueles que possibilitam ao ser humano sua realização como pessoa, ou seja, sua existência como coexistência, o espaço de liberdade social no qual pode escolher e realizar sua própria escolha. O direito penal deve construir um sistema que permita às agências jurídicas um exercício racional de seu poder para conter o poder punitivo, o qual, estruturalmente, tende para um exercício ilimitado e arrasador de todo espaço social. Tal objetivo, que representa a decisão política anterior à construção do sistema, deve reger completamente sua elaboração e sua eficácia contentora dependerá do cumprimento de vários requisitos metodológicos.

2. O sistema deve, adequadamente, levar em conta o objetivo prático do saber jurídico-penal (oferecer paradigmas decisórios para as agências jurídicas) no sentido político de potencialização de seu próprio poder controlador, de contenção do poder punitivo, de reforço do estado de direito e de redução do estado de polícia. Nesse sentido, o método (caminho) e o objetivo (meta)

[72] Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich.*
[73] Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*; Rüthers, Bernd, op. cit., p. 27.

condicionam-se reciprocamente. Não é estática nem bucólica essa construção, mas sim permanentemente dinâmica, tensa e contraditória.

3. O poder do estado de polícia (poder punitivo) jamais será erradicado pelo direito penal: a discussão entre abolicionistas e minimalistas[74] diz respeito a modelos diversos de sociedade e de estado cuja realização dependerá de outros fatores, mas nunca do poder do discurso jurídico-penal, que não pode determinar semelhantes mudanças radicais. Consequentemente, o que corresponde ao direito penal, como saber aplicado ao vigente modelo de poder do estado de direito, o qual se acha em tensão constante com o estado de polícia, é tão-somente propor sistemas decisórios para essa realidade de poder.

4. O requisito fundamental do sistema, para o cumprimento de tal função, deve ser o respeito à regra da compatibilidade legal, como lei básica construtiva, proveniente dos primórdios de explicitação da dogmática jurídica[75]. O objetivo do sistema requer que a regra da compatibilidade legal seja observada priorizando as leis de máxima hierarquia (as constitucionais e internacionais)[76]. Embora isso pareça óbvio, não o será quando considerarmos que os operadores das agências jurídicas e das reprodutoras discursivas foram treinados a partir de teorias oriundas de países que não conheciam essa hierarquia legal.

5. Quando os penalistas liberais do século XIX tinham de criar suas teorias, iam em busca da filosofia ou da razão como fonte do direito, pois não dispunham de leis positivas sobre as quais assentar suas construções (daí os inumeráveis equívocos do chamado *direito natural liberal*). Basta observar as disposições das leis fundamentais daquele século para comprovar a pobreza de seus princípios[77]. Hoje em dia, contudo, tais princípios estão positivados nacionalmente nas constituições e internacionalmente (regional e universalmente) no direito internacional, porquanto a segunda lei da dogmática, que em momento algum podia significar a submissão do discurso à servidão de um legislador onipotente, agora inverteu seu signo e implica a limitação do poder do legislador conjuntural em função do estabelecido pelo legislador constitucional e internacional.

6. O sistema do direito penal será um meio ou ferramenta a ser empregado contra um poder que pressionará, de vez que, estruturalmente, está condiciona-

[74] Cf. bibliografia citada em *En busca de las penas perdidas*, p. 32 ss. e 68 ss.
[75] Jhering, *L'esprit du Droit Romain*, t. III, p. 61.
[76] Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, p. 26.
[77] Cf. Dareste, F.R., *Les constitutions modernes*; a Constituição do império alemão de 1871 (t. I, p. 151 ss.); a lei constitucional austríaca de 1867 (t. I, p. 391 ss.); o estatuto fundamental italiano de 1848 (t. I, p. 599 ss.).

do a expandir-se de modo ilimitado. *Sua função há de ser sempre de contradição: por conseguinte, sua construção deve ser dialética.*

O estado de polícia deve ser contido e reduzido por etapas; a partir de cada pretensão de abertura do exercício do poder punitivo, o direito penal deve opor-lhe uma resistência. Da pretensão e de sua resistência resultará uma síntese à qual, por sua vez, o direito penal deve opor uma nova resistência. O discurso de contenção deve sempre antecipar-se ao exercício de poder das agências jurídicas, de modo que estas permanentemente contem com um novo elemento de resistência para alcançar uma nova síntese menos habilitante quanto ao poder punitivo. Assim, o direito penal deve exercer seu poder discursivo levando em consideração que *os princípios limitadores do poder punitivo não são estáticos, mas sim de formulação e realização progressiva.*

7. A deslegitimação do poder punitivo – mediante uma teoria negativa ou agnóstica da pena, bem como mediante a comprovação empírica ou fática de que sua forma de exercício sempre implica um certo grau de violação dos princípios constitucionais e internacionais – leva à consideração de que o poder punitivo é sempre exercido de modo irracional. A racionalidade contentora do direito penal reside em saber estabelecer intensidades de irracionalidade, para habilitar discursivamente a passagem da menor quantidade possível de poder punitivo, extraído dentre suas manifestações com o menor nível de irracionalidade. O discurso que promove tal contenção pode ser formulado de duas maneiras: **a)** em termos puramente políticos e assistemáticos ou conjunturais (como o uso alternativo do direito)[78], com o consequente risco de que o próprio discurso redutor, em certa conjuntura, ofereça argumentos para a irracionalidade grosseira constante do item seguinte; **b)** ou como um discurso sistemático elaborado de modo *progressivo e redutor*. Esta última opção requer cancelas teóricas sucessivas, em cada uma das quais o discurso habilite o trânsito de menor poder punitivo e de menor intensidade irracional, ou seja, de maior respeito aos princípios constitucionais e internacionais limitadores. Tal progressão redutora não pode ficar exposta às conjunturas do poder, porque em um estado totalitário o discurso penal pareceria correto se se limitasse a impedir a tortura e habilitasse o restante do poder punitivo. *Ao contrário, a progressão redutora deve ser racional e impulsionar a própria consciência jurídica universal, baseando-se no mais redutor dos direitos penais comparáveis para expandi-la.* Essa racionalidade redutora, que permite ao discurso fugir da conjunturalização fática, a qual, com facilidade, se converte em racionalização, é alcançada por meio de sua dialética interna, como única introdução discursiva da polarização entre

[78] Barcellona, Pietro, *L'uso alternativo del diritto.*

direito penal e poder punitivo (ou, o que é a mesma coisa: estado de direito e estado de polícia).

8. A constante tensão com o inevitável estado de polícia impõe essa construção dialética e, portanto, dinâmica, como condição de *eficácia do direito penal*, entendido como instrumento para o aperfeiçoamento do estado de direito, que alcança sua maior força como estado constitucional de direito (quando supera o precário estado legal de direito, que não o preserva das maiorias políticas conjunturais) e que, por conseguinte, requer uma forte justiça constitucional: *um sistema de compreensão do direito penal que cumprir tais requisitos representa um indispensável apêndice do direito constitucional.*

9. Contra um sistema elaborado na medida da função atribuída milita a corrente que nega que os juízes possam exercer esse controle, seguindo as teses de Carl Schmitt ao tempo de Weimar[79], baseadas no fato de que os juízes não têm origem democrática nem treinamento político. A origem democrática dos juízes é um dado conjuntural e modificável, mas muito mais importante do que a origem é a natureza da função: uma função é democrática – qualquer que seja a origem do funcionário que a desempenha – quando se torna indispensável à sustentação da democracia. E, nesse caso, ela o é, pois tem a incumbência de nada menos do que a preservação dos direitos das minorias (com o que é preservado o das maiorias para mudar de opinião). Por isso, as decisões dos juízes não devem sempre coincidir com a vontade das maiorias conjunturais[80], ao contrário do que preconizava o pensamento *völkisch*, curiosamente revitalizado neste aspecto pela demagogia penal dos últimos anos. Quanto à afirmação de que os operadores judiciais carecem de treinamento político, ela é falsa: os juízes integram um poder do estado e não há poder estatal que não seja político (o inverso implica confundir político com partidário). É possível que Schmitt, ao referir-se a uma magistratura burocrática, sem poder de controle de constitucionalidade – considerada quase um ramo a mais da administração, dentro de um esquema de divisão de funções e não de poderes – pudesse valer-se desse argumento, com mais razão do que outros, mas ante uma magistratura constitucionalmente encarregada de julgar a racionalidade das leis em função de um sistema de controle difuso, tal argumento carece de sentido. Pelo mesmo trajeto deslocam-se aqueles que argumentam que os operadores das agências judiciais usurpariam o poder dos legisladores representantes do povo: nada autoriza os legisladores a usurparem o poder dos constituintes nem o da consciência jurídica universal. Em último e degradado discurso, esgrime-se a *ditadura dos juízes*, ameaçando com algo que nunca existiu e que somente é invocado

[79] Sobre este período de Carl Schmitt: Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt, teorico del Reich*; a resposta de Hans Kelsen neste debate: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

[80] Cf. Story, José, *Poder Judicial de los Estados Unidos de América*, p. 9 ss.; González Calderón, Juan A., *La función judicial en la constitución argentina*, p. 52.

quando o poder jurídico perturba outras agências e lhes dificulta expandir seu poder mais além do permitido pela lei suprema[81].

V. *O sistema e o respeito ao mundo* (die Welt)

1. Todo sistema de compreensão elaborado pelo direito penal de contenção, limitador ou liberal, deve reconhecer que os conflitos para os quais projeta decisões e as consequências da criminalização, cujo avanço propõe habilitar, são produzidos em um mundo físico e em uma realidade social protagonizada pela interação de pessoas dotadas de um psiquismo que dispõe de suas respectivas estruturas, e *que tudo isso é real, ôntico, existe no mundo dessa maneira e não de outra*[82]. Por isso, o sistema deve admitir que, quando o legislador se refere a algum dado do mundo, não pode inventá-lo, mas sim deve respeitar sua onticidade[83]. Pouco importa que o impossível o seja por elementarmente razões físicas ou sociais: em qualquer caso não pode ser considerado juridicamente possível, sob pena de incorrer em um autismo discursivo ou em uma ataviada ficção. Não é surpreendente que, a partir do autoritarismo, sejam defendidas as ficções jurídicas[84]. Um direito penal como discurso, que aspire a alguma eficácia, em qualquer sentido que seja, não pode esquivar-se a um alto grau de integração com as ciências sociais[85].

2. Este debate que, há algumas décadas, se centrava no conceito de ação e se estendia no máximo até a restante teoria do delito, deve abarcar agora todo o sistema do direito penal. Sem prejuízo de voltar a desenvolver alguns de seus aspectos na teoria do delito, em razão de ser a sede teórica de suas consequências mais debatidas, é necessário antecipar aqui a perspectiva metodológica geral válida para todo o sistema de compreensão do direito penal.

3. A chamada teoria das estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas[86] foi fruto do pós-guerra, que tentava conter a onipotência legislativa e, por conseguinte, integrou o conjunto de teorias à procura desse objetivo que apela para a *natureza das coisas* e

[81] Sustentado na França para opor-se ao controle de constitucionalidade (Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges*), foi utilizado nos Estados Unidos na década seguinte.

[82] Sobre a incorporação dos dados sociais, Bustos Ramirez, *El poder penal del estado, Hom. a Hilde Kaufmann*, p. 133; Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación*, p. 334.

[83] Todo conceito normativo requer uma mínima plausibilidade empírica (cf. Fiandaca, Giovanni, em DDDP, 1987, 2, p. 243 ss.).

[84] Schmitt, Carl, em *Diritto e Cultura*, Roma, 1991, p. 65 ss., afirmava que a validade das ficções depende de sua utilidade; Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico penal*, p. 28.

[85] Fiandaca, Giovanni, em DDDP, 1987, 2, p. 243 ss.

[86] Welzel, Hans, *Abhandlungen*; Radbruch, Gustav, em *Rechtsphilosophie*.

abarca também algumas tendências jus-naturalistas[87]. Não se pode afirmar que a teoria das estruturas lógico-objetivas seja jus-naturalista, exceto para aqueles que consideraram ser jus-naturalismo qualquer limitação ao legislador. Por isso, falou-se de um jus-naturalismo negativo dessa teoria[88], que não pretendia estabelecer o que deve ser o direito, mas sim delimitar o que não é direito. Todo o movimento onde essa teoria se acha inscrita constitui uma tentativa de contenção da potência legislativa, própria do período de horror do pós-guerra. A teoria das estruturas lógico-objetivas pretende que o legislador esteja vinculado ao mundo quando mencionar qualquer conceito e, por conseguinte, deverá respeitar a ordem do mundo, sob pena de ineficácia legislativa, salvo quando violentar estruturas lógico-objetivas fundamentais, como aquela que instaura a ideia de pessoa, caso que redundará num puro exercício de poder[89]. O abandono dessa teoria pela doutrina posterior a Welzel deve chamar a atenção[90]. É verdade que não existe um conceito ôntico de ação humana e que, nesse sentido, o finalismo incorreu em um excesso de onticidade[91]; no entanto, em lugar de corrigir tal excesso e ampliar o critério de respeito às estruturas do mundo, expandindo-o na direção dos demais aspectos do sistema, optou-se por arquivá-lo. A dúvida, que não é possível dissipar, pelo menos no momento, é se o discurso não terá percebido que essa expansão colocava em crise não apenas a estrutura teórica do delito, mas sua própria totalidade, particularmente quando fosse imposto o respeito às estruturas do mundo na teoria das penas.

4. *O respeito às estruturas reais do mundo é uma condição de qualquer direito que pretenda ter alguma eficácia.* A primeira estrutura real que o sistema de compreensão do direito penal deve respeitar é a incorporação do dado ôntico de que seus conceitos são sempre funcionais: a funcionalidade política dos conceitos jurídicos não é uma opção, ou seja, algo que pode, ou não, ser escolhido, mas sim tais conceitos são politicamente sempre funcionais. A única coisa que a construção de um sistema que não expressa sua funcionalidade consegue omitir é aquela funcionalidade manifesta, sem, contudo, lograr supri-

[87] Sobre este panorama, Baratta, Alessandro, em *Anuario bibliografico di Filosofia del Diritto*, p. 227 ss.; do mesmo, em *Die ontologische Begründung des Rechts*; também em *Fest. f. Erik Wolf*, p. 137 ss.; em ARSP, 1968, LIV-3, p. 325; em *Annalli della Facoltà Giuridica, Università degli Studi di Camerino*, p. 39 ss.; Garzón Valdez, Ernesto, *Derecho y "naturaleza de las cosas"*; Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*.

[88] Engisch, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, p. 240; um século antes, Tobias Barreto dizia que não há um direito natural, senão uma "lei natural do direito" (*Introdução*, p. 38).

[89] Welzel, em *Fest. f. Schaffstein*.

[90] Sobre sua vigência, com reivindicação da sistemática finalista desde uma "postura fraca", Serrano Maillo, Alfonso, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia, p. 172 ss.*

[91] Cf. *infra*, § 27.

mir a latente. Para cumprir a função manifesta atribuída, a primeira coisa que o sistema de compreensão do direito penal deve respeitar são os dados da realidade social em relação ao exercício do poder punitivo: no que tange a este, não pode operar com dados sociais falsos, porque ao romper ou sonegar as estruturas da realidade do mundo não chegará a cumprir a função atribuída, mas qualquer outra. Ninguém pode mudar algo sem respeitar sua estrutura real. Em nível individual, uma ruptura com as estruturas da realidade do mundo é um fenômeno patológico grave. Embora conceitos individuais não possam ser livremente transferidos para âmbitos coletivos, é bem provável que, nesse sentido, pelo menos, eles exponham um indício de situação crítica.

5. Quando a função política se evidencia e impõe a construção dialética de um discurso que responda à tensão permanente na qual essa função deverá ser realizada, em luta constante contra o poder do estado de polícia, tal fato estará fornecendo um indicador fundamental que deve operar como viga-mestra de sua metodologia: *a absoluta proibição de incorporar dados falsos sobre o exercício de poder que deve ser reduzido.* Tais dados são justamente aqueles provindos de disciplinas que operam com a verificação[92]. Toda estratégia se preocupa, antes de mais nada, em obter o maior volume possível de informações a respeito da força que deverá enfrentar e seu êxito, em grande parte, dependerá do realismo com que incorpore e processe tudo isso.

[92] Não faltam autores que negam inclusive a universalidade das proposições de todas as ciências sociais, Coulson, Margaret – Riddell, David, *Introdução*, p. 11.

§ 9. Características e fontes do direito penal

I. *Caráter público e sua pretensa fragmentação sancionadora*

1. O direito penal, como componente do saber jurídico, participa de todas as características gerais do direito. A pretensão de uma substância empírica e diferenciada pertence a seu momento de maior degradação teórica[93] e não deve ser confundida com a caracterização diferencial, que é própria de cada saber jurídico e fundadora de sua autonomia. A circunstância de ter como função limitar o exercício de um poder pode apenas dotá-lo de algumas particularidades. O poder que deve limitar é o punitivo, implementado por autoridade pública, seja quando as próprias agências executivas ou administrativas do estado diretamente o exerçam, seja quando tais agências outorguem proteção pública àquelas instâncias privadas que o exercem. O saber do direito penal abarca esses atos verticais do poder para programar, de modo sistemático, as decisões dos operadores das agências jurídicas no sentido de aparar sua intensidade e extensão, eliminando ou evitando os de maior irracionalidade.

2. Ainda que a classificação básica dos ramos do direito em público e privado seja hoje criticada e questionada, caso seja ela aceita em termos aproximados aos tradicionais[94] não poderá haver qualquer dúvida acerca de que o direito penal é um ramo do direito público[95] e, a partir de nossa perspectiva, esse caráter se reforça, desde que possa ele ser considerado um apêndice do direito constitucional e neste encontrar seus primeiros e mais importantes fundamentos. Não constituem objeção válida isoladas concessões à vontade das vítimas, que não passam de limites elementaríssimos aos extremos mais grosseiros do confisco do conflito.

3. Sustentou-se que o direito penal tem caráter *repressivo*[96], o que, do ponto de vista de um direito penal regulador do poder punitivo, permitiu, tem-

[93] Cf. *infra*, § 22.

[94] Sobre a crítica à classificação tradicional, Maier, Julio, *Derecho Procesal*, p. 127.

[95] Sobre o caráter público do direito penal, Feuerbach, *Lehrbuch*, § 1; Tittmann, Karl August, *Handbuch*, p. 7; Bauer, Anton, *Lehrbuch*, p. 1. Em sentido contrário manifestou-se Gallus Alons Kleinschrod, *Systematische Entwicklung*, pp. 217-8.

[96] Assim, Gallas, Wilhelm, *Gründen und Grenzen der Strafbarkeit*. Etimologicamente provém do radical *ghend-*, que se encontra em *prender, preso, prisão, apreender*, como também em *depredar e presa* (Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico*, p. 63).

pos atrás, apresentá-lo como parte da cultura[97], em um sentido que, de alguma maneira, se renovaria no estudo de Freud sobre a repressão das pulsões como origem da cultura[98] e, por conseguinte, não só legitimá-lo como também atribuir-lhe uma função indispensável à civilização e, com apoio na falácia de que acompanhou o ser humano desde sempre, garantir que continuará cumprindo tal função enquanto a civilização existir. O signo repressivo deve ser invertido a partir de um direito penal contentor, perante o qual o poder punitivo tiver categoria análoga à guerra e ainda maiores efeitos letais, conforme comprovação histórica: o poder punitivo aparecerá então como uma pulsão primitiva (*Trieb*), carente de repressão (*Verdrängung*) para viabilizar a civilização. O direito penal deve operar como *dique* para *represar* esse poder. O caráter *repressivo* subsiste, porém como contentor das pulsões irracionais do poder punitivo do estado.

4. A confusão entre direito penal (saber ou ciência penal) e seu principal objeto de interpretação (a lei penal), especialmente quando incorre na redução à lei penal manifestamente punitiva (por considerar o plano do dever ser como plano do ser), no marco de um discurso penal que pretende regular o exercício do poder punitivo, resultou em que se destacasse o caráter fragmentário do direito penal[99]. Com isso, sublinhava-se o fenômeno de que a lei penal manifesta recorta algumas condutas e as criminaliza de uma maneira *descontínua*, ao contrário da lei civil que, por regular relações ocorridas desde antes do nascimento até depois da morte, apresenta-se como um sistema contínuo que não admite lacunas. A partir daí se inferia que o direito penal devesse ir ao encontro da legalidade estrita e o direito civil ao da analogia. Entretanto, se continuarmos trilhando o mesmo caminho do chamado direito internacional da guerra e, como este, renunciarmos ao discurso onipotente que pretendia regular um fenômeno de poder, para enfrentar a tarefa mais modesta porém essencial de contê-lo e reduzi-lo, a questão da fragmentariedade será alterada em vários sentidos.

5. Em princípio, a) *o direito penal (saber penal) não é descontínuo nem fragmentário*: já o exercício do poder punitivo deve sê-lo, porque havendo uma tensão permanente entre o exercício do poder punitivo e o direito penal, tendendo estruturalmente o primeiro a neutralizar o segundo e a ser representado como poder contínuo, o esforço do direito penal o mantém fragmentado e a potência redutora tende a acentuar tal fragmentação. Portanto, é correto perceber no caráter fragmentário ou descontínuo um sinal diferenciador entre um modelo

[97] P. ex., M. A. Montes de Oca, *Represión*.

[98] Sigmund Freud, *Das Unbehagen in der Kultur*, em *Kulturtheoretische Schriften*, p. 191 ss.

[99] Assim, Binding, *Lehrbuch*, p. 20; *Handbuch*, p. 9; Beling, *Grundzüge*; Max Ernst Mayer, *Lehrbuch*, 37; Hippel, p. 3; em sentido contrário Manzini, I, p. 99; Rocco, *L'oggetto del reato*, em *Opere*, I, pp. 67-8; recentemente o põe em dúvida Jakobs, p. 60.

liberal e outro autoritário (que sempre pretenderá continuidade[100]). Sem uma resistência jurídica programada, consoante a um saber contentor, o poder punitivo não seria tampouco fragmentário (*estado totalitário*)[101]. b) Por outro lado, o direito penal não é tampouco descontínuo nem fragmentário, porquanto seu saber deve abarcar todo o exercício do poder público para determinar qual é o punitivo, tendo em vista a existência de algumas leis com funções penais latentes e outras eventualmente penais, além da circunstância de que o poder punitivo se define por exclusão. O direito penal deve ser um saber sem rupturas, que abarque em seu horizonte toda a continuidade latente do poder punitivo, para eliminar aquele que é exercido sem o pressuposto de um delito e para conter mesmo aquele que se exerce a partir do delito e, assim, obter a fragmentação do exercício do poder punitivo, acentuando-a à medida do poder das agências judiciais. Eliminado o poder punitivo sem pressuposto delituoso, o mínimo da racionalidade republicana impõe que, em relação ao restante, seu exercício não dispense o elementar pressuposto de um conflito que afete alguém, o que não pode ser reduzido a mero signo ou sintoma, mas sim assumir o caráter de razão fundamental da criminalização. Em qualquer das teorias legitimantes do poder punitivo pode ver-se a tendência a reduzir o conflito a um sintoma, que é o passo prévio para a readmissão da pena sem delito e, portanto, para a reposição da continuidade do poder punitivo.

6. Do discurso segundo o qual o direito penal regularia o exercício do poder punitivo originou-se longo debate sobre se tem ele caráter *sancionador* ou se é também *constitutivo*. Aqui igualmente se identifica direito penal com lei penal manifesta. Quanto ao direito penal, desde que se lhe conceda função contentora, não se pode dizer seja ele sancionador. No que concerne ao poder punitivo de criminalização primária ou expresso em leis penais manifestas, deve-se reformular a questão ao apresentá-la a partir de um direito penal contentor: o que cabe perguntar é se, nos casos em que o direito penal habilita a criminalização secundária, requer-se que a ação lesiva seja antijurídica à luz de qualquer outro ramo do saber jurídico, ou melhor, se a criminalização pode incidir sobre ações cuja antijuridicidade provenha apenas da lei penal. Quanto à lei penal manifesta, a questão também poderia ser reformulada, perguntando-se se a lei é meramente confiscatória ante o conflito já formalizado juridicamente ou se pode, ao mesmo tempo, formalizar o conflito e confiscá-lo à vítima.

[100] Cf. Aftalión, Enrique R., *Tratado de Derecho Penal Especial*, p. 39; Salgado Martins, José, p. 17; atribuindo tal percepção a Rousseau, Queiroz, Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do direito penal*, p. 68.

[101] Não deixa de ser alarmante que hoje se duvide do caráter fragmentário do direito penal, dada a ampliação do poder punitivo legitimado por normas administrativas e especiais (cf., Prittwitz, Cornelius, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 427 ss.

7. Ainda que isso fosse apenas uma característica do poder punitivo formalizado através da criminalização primária, não demarcando de modo algum o direito penal, a mera observação permite concluir que, no caso de prescindir-se de todas as leis penais manifestas, as condutas primariamente criminalizadas por elas são, em geral, antijurídicas. Pode-se objetar com fundamento que algumas poucas condutas não constituiriam ilícitos civis nem de outra natureza, como a omissão de socorro, os maus-tratos a animais e as tentativas não-qualificadas. Ainda que à luz da teoria do dano moral e do reconhecimento dos interesses difusos isso fosse discutível, o que a nosso ver determina o caráter sancionador e não constitutivo da criminalização primária (meramente confiscatória da vítima) é o fato de não existir bem jurídico algum que, como tal, seja criado pela lei penal[102]: os conflitos criminalizados de uma maneira primária devem afetar bens jurídicos, e estes são sempre juridicamente valorados em outros âmbitos do direito. Esse caráter sancionador da lei penal manifesta não afeta a autonomia do direito penal, de vez que: **a)** este abarca um âmbito de leis penais que excedem o da pura lei penal manifesta; **b)** a pena, como ato de poder, tem características particulares e, por conseguinte, o modelo de decisão de conflitos que implica preserva essa autonomia; **c)** a submissão do conflito a dois modelos de decisão dificulta a solução, embora não permita que tais modelos sejam facilmente confundidos.

8. A discussão em torno do caráter sancionador ou constitutivo se vincula à teoria das normas, da qual se quis fazer derivar todo o sistema da imputação penal. O delito, dessa perspectiva, seria um ato contrário ao dever imposto pela norma. A partir da posição dessa perspectiva, seria um ato contrário ao dever imposto pela norma. A partir da posição contentora da norma deve ser-lhe atribuída uma *função de sentido*, como dedução que permite determinar o alcance da proibição contida no modelo legal[103], ou seja, para estabelecer sua eventual neutralização por uma permissão; no entanto, não se pode reconhecer-lhe de modo algum existência real nem considerar que fixa a natureza do injusto nem muito menos, ainda, que permite derivar de uma real *norma violada* uma legitimação da teoria preventiva de pena.

9. As disposições dos códigos e leis penais recebem várias denominações, entre as quais também se emprega a de *normas*; os que adotam esta denominação costumam distinguir entre normas primárias e secundárias: as primárias seriam as destinadas pelo soberano a seus súditos, ao passo que as secundárias (que foram chamadas de *normas relativas a normas*) estariam dirigidas aos órgãos do Estado encarregados da imposição da pena, no caso de transgressão das primárias. Sobre estas últimas

[102] Cf. García Pablos, Antonio, *Introducción*, p. 42.

[103] Definitivamente, esse era o sentido teleológico que Liszt atribuía ao bem jurídico (cf. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, p. 223; Welzel, em *Fest. f. Maurach*, p. 5).

construiu-se a chamada *teoria dos imperativos*, que provém de Austin[104] e foi desenvolvida por Thon[105], mediando entre eles a diferença de que o primeiro ressaltava a necessidade da coação associada ao imperativo, ao passo que o segundo omite toda referência à coação e acentua a função motivadora. A teoria das normas em sua versão monista (Thon) só admitia mandados e proibições, razão pela qual não havia lugar para as permissões: sua consequência é a teoria dos elementos negativos do tipo, ou seja, indiferença existente entre tipicidade e antijuricidade. Toda a sociedade se comporia como um conjunto de ações que estavam ordenadas, proibidas ou eram indiferentes. A isso respondeu Binding alegando que desse modo negavam-se os direitos subjetivos. Já não se sustenta hoje a versão monista de tal teoria: distingue-se entre permissões *em sentido forte* e *em sentido fraco*[106], segundo sejam legalmente expressas ou estabelecidas por falta de regulação a respeito e, com esta ou outra denominação, reconhece-se a existência de uma esfera de normas permissivas que não pode ser invadida porque assim o proíbem normas de caráter constitucional e internacional, sem prejuízo de que haja também outras permissões capazes de neutralizar proibições constitucional e internacionalmente admitidas[107].

10. Por outro lado, pretender que as normas primárias sejam reais e tenham como destinatários os cidadãos leva à conclusão de que os inimputáveis não são destinatários da norma e, por conseguinte, não podem violá-la. Daí a polêmica entre Binding e Jhering, pois para este último as normas não se caracterizavam por sua eficácia externa perante a sociedade civil, mas sim decisivamente por sua existência mediante uma outorga estatal, sendo seus destinatários os órgãos encarregados de sua aplicação[108]. Para Binding as normas não faziam parte do direito penal, embora tenha ele envidado seus maiores esforços para encontrá-las na ordem jurídica restante; daí, o chamado caráter fragmentário e sancionador. Max Ernst Mayer renunciou à procura na ordem jurídica, para afirmar que se trata de *normas de cultura*, embora tenha relativizado seu valor como normas de conduta para atribuir importância à norma como exercício de poder, pois seria a forma na qual a sociedade estabelece suas exigências como criadora de cultura[109]. Nessas normas de cultura, retomadas em certa medida por Radbruch, não podia apoiar-se o preventivismo[110].

[104] Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, I, p. 89 ss.

[105] Thon, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*.

[106] Alchourrón, Carlos, E, – Bulygin, Eugenio, em *Análisis Lógico y Derecho*, pp. 124 ss. e 216 ss.

[107] Sobre isto, Nino, Carlos, *Introducción*, p. 200.

[108] Jhering, *La lucha por el derecho*.

[109] Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, pp. 89 e 126.

[110] Sobre normas de cultura em Radbruch, Márquez, Gabino, *Los juristas alemanes*, p. 173 ss.; Martínez Bretones, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*.

11. Binding introduziu, ademais, o conceito de *norma de valoração*, com o mesmo conteúdo do imperativo (*norma de determinação*), o que influiu em quase toda a dogmática contemporânea[111]. As polêmicas posteriores aconteceram segundo as preferências quanto à caracterização do injusto: quando se ressalta a violação à norma de valoração, sua essência é a lesão ao bem jurídico; mas quando se ressalta a violação à norma de determinação, sua essência é a violação ao próprio dever. Mais recentemente, procura-se sua essência na violação dos deveres derivados do desempenho de papéis sociais[112].

12. Tudo isso é o que podemos chamar de *perspectivas idealistas quanto às normas*, no sentido de que elas concedem existência real a um recurso metodológico, confundindo o caminho do conhecimento com o objeto a ser conhecido. A contradição de uma ação humana com uma norma é apenas *metafórica*, porque elas correspondem a dois mundos diversos: só pode haver contradição entre duas normas. Uma metáfora, mesmo corretamente empregada por ser gráfica, nem por isso perde sua essência retórica e, portanto, não convém que a dogmática se baseie nela. A pretensa existência real das normas motivadoras oculta a natureza do poder punitivo, porque a coação punitiva das únicas normas realmente existentes passa a segundo plano. Por outro lado, a coisificação desse recurso metodológico (dedução para assinar-lhe uma *função de sentido*) é empregada para contrapor à pena uma pretensa função preventiva intra-sistemática: todo o direito penal quer prevenir a violação da norma de determinação (para os mais moderados, da de valorização) e a antijuricidade esgota o fundamento do castigo.

13. A crítica a tal posição *não implica prescindir da norma como instrumento metodológico* e cair em uma irracionalidade por renunciar a um procedimento dedutivo que permita precisar o alcance proibitivo da lei. Não se pode predicar que o ato ilícito seja uma infração ao método de conhecimento da antijuricidade, porquanto esta é o objeto de compreensão: a circunstância de que se tenha produzido essa confusão não impõe a renúncia ao recurso metodológico, mas sim a restituição de sua natureza instrumental. *As únicas normas que existem são as leis penais*, das quais são inferidas *normas deduzidas* como recurso metodológico[113] que expressa uma função dialética (bifronte), a qual no momento político habilita uma eventual criminalização secundária, mas que no momento jurídico serve para limitar esse mesmo poder. Dentro dessa perspectiva realista o problema do destinatário se dilui, porque as *normas penais (leis) estão dirigidas a todos os cidadãos (aos juízes, para indicar-lhes como decidir; aos demais para que possam saber que pena os ameaça no caso de cometerem o delito), ao passo que as normas deduzidas não estão dirigidas a ninguém, porque são instrumentos para o conhecimento do alcance da proibição inferidos pelo jurista.*

[111] Especialmente a partir de sua adoção por Mezger (*Tratado*, I, p. 339 ss.).

[112] Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona.*

[113] A normas *formuladas* e *derivadas* (consequências lógicas das formuladas) referem-se Alchourrón, Carlos – Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 54.

14. Sustentou-se, a partir de distintos ângulos, que as leis penais teriam como destinatários apenas os juízes. Tal opinião se formulou com apoio no caráter sancionatório de lei penal, afirmando-se que o restante ordenamento jurídico material (constitutivo) estaria dirigido ao cidadão e o processual ao juiz, porém a lei penal material, por ser sancionatória e não constitutiva, estaria também dirigida ao juiz, tanto quanto a processual[114]. O realismo escandinavo, por seu turno, sustenta que as leis não dizem aos cidadãos que lhes está proibido cometer homicídio, mas simplesmente indicam ao juiz qual deve ser sua sentença perante um caso dessa natureza, admitindo assim que o destinatário é o juiz, já que aos particulares se ministra só um adestramento indireto acerca das reações que podem esperar-se da parte dos tribunais em certas circunstâncias[115]. Outros autores sutentaram que as leis penais se dirigem tanto aos súditos quanto aos juízes[116]. As opiniões que restringem ao juiz a qualidade de destinatário das leis penais correm o risco de debilitar o fundamento racional do *nullum crimen sine lege*; aquelas que situam nos súditos (ou neste e no juiz) tal qualidade não explicam muito claramente como podem as leis penais dirigir-se a quem não logra compreendê-las (inimputáveis)[117]. Tais inconvenientes são removidos se nitidamente apartarmos suas funções em termos bifrontes, com um momento político e outro jurídico.

II. As fontes da legislação e do direito penal

1. O uso corrente da expressão *direito penal* para designar tanto o saber penal quanto seu objeto (a legislação penal) cria uma equivocidade considerável em torno das chamadas *fontes*, equivocidade essa para a qual as diversas classificações de tais *fontes* contribuem. Embora não convenha aprofundar o debate em torno da questão geral (das chamadas *fontes do direito*)[118], é necessário precisar alguns conceitos elementares para o tratamento do assunto no âmbito penal. Mantendo a nítida distinção entre o objeto do saber penal (a legislação

[114] Enschedé, J., *Beginselen van strafrecht*, pp. 21-3.

[115] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 34 e 158.

[116] Assim, Antolisei, p. 35; Schmidt, Eberhard, em Liszt-Schmidt, p. 32.

[117] Binding, *Grundriss*, 1913, p. 97; para salvar o problema introduz-se a distinção entre *norma e dever* (assim, Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 125).

[118] Cf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *División y fuentes del derecho positivo.*

penal) e o próprio saber penal (o direito penal), convém sustentar uma distinção primária entre as fontes de um e de outro.

2. A legislação penal abarca as leis penais manifestas, latentes e eventuais. Através delas o poder punitivo pode ser exercido dentro de uma irracionalidade relativa ou cair na irracionalidade grosseira, vale dizer, a programação legal do exercício do poder punitivo pode ser constitucional (irracional, mas lícita) ou inconstitucional (irracional e ilícita). As leis penais inconstitucionais ou ilícitas também fazem parte do horizonte do direito penal, pois devem integrar seu objeto de conhecimento (para ressaltar sua inconstitucionalidade e orientar as agências judiciais nesse sentido). Implica uma confusão de planos, nada inofensiva, assimilar a proposição segundo a qual "fonte da legislação penal só *deve ser* a lei formal" com aquela que afirma que "só *é* sua fonte a lei formal". O primeiro enunciado (normativo) é verdadeiro, mas o segundo (fático) é falso. Este segundo será realizado à medida que aumentar o nível de respeito ao princípio da legalidade formal expresso no primeiro. Se ambos os níveis se confundem, não há como incluir o grau de realização da legalidade formal na realidade e, por conseguinte, como *comparar o que é com o que deve ser*, tarefa indispensável para impulsionar a realização do princípio. A identificação do ser com o dever ser não é apenas acrítica, mas também anticrítica (porque a partir da premissa obstrui todas as suas possibilidades): se se dá por realizado o dever ser, este perde toda capacidade transformadora, esquecendo que o dever ser não passa de um ser que ainda não é.

3. Observemos a tradição de classificar as fontes da legislação penal em *fontes de conhecimento e fontes de produção*. **a)** Em uma primeira análise, urge precisar quais são as *leis penais constitucionalmente lícitas* e de que autoridade devem elas promanar dentro da ordem jurídica brasileira: estas serão as *fontes de conhecimento* das leis penais constitucionais (lícitas), ao passo que o Congresso Nacional será o único responsável pela fonte de produção. É assim que se precisa um *tipo normativo de leis penais formalmente constitucionais* (lícitas). **b)** Em uma segunda etapa, devem ser conhecidas todas as leis em sentido material, constitucionais e inconstitucionais (lícitas e ilícitas) que programem, habilitem ou favoreçam o exercício de algum poder punitivo (leis formais, decretos-leis com matéria penal recebidos pela Constituição da República de 1988 – ou cuja recepção não foi jamais questionada –, medidas provisórias ou mesmo avisos ministeriais com repercussões penais, leis ou decretos estaduais que influenciem de alguma forma o exercício do poder punitivo, resoluções e portarias da administração pública direta ou indireta – especialmente aquelas provindas de repartições policiais –, e ainda, quando pertinente, leis, decretos e outros atos administrativos municipais): as respectivas autoridades das quais promanam serão suas correspondentes fontes de produção. Esse âmbito será

muito maior que o anterior. **c)** Em uma terceira etapa, o direito penal deve comparar o tipo normativo de legislação penal constitucional com a legislação vigente que programe, habilite ou favoreça o exercício de poder punitivo, para viabilizar a declaração de inconstitucionalidade da lei inadequada ao tipo normativo de leis penais formalmente constitucionais. Cumpre analisar, em particular, essa tríplice tarefa ao considerar o princípio da legalidade em seu aspecto formal[119], que deve avançar em sua progressiva realização por meio da elaboração dialética do tipo normativo, que deve sempre ser mais restrito para manter-se em tensão redutora com o poder punitivo.

4. A correta distinção entre as fontes da legislação penal e do direito penal como saber é indispensável para levar a cabo esta tarefa e, deste modo, impedir a extensão ilimitada da legislação penal material, por diversas vias. O estado de polícia tende a substituir o princípio *não há pena sem lei* por *não há delito sem pena*[120]. O âmbito legal tende a ampliar-se, dando caráter de lei à moral e aos costumes e inventando-se novas supostas *fontes do direito*, o que chegou a ser teorizado e pretensamente racionalizado. Tal teorização no campo do saber jurídico-penal produz-se quando as atitudes dos operadores jurídicos condicionam-se por uma mistura de tendências *völkisch*, de pensamento autoritário, mas também de carreirismo e de medo[121].

5. Quanto ao direito penal (saber penal) cabe distinguir entre: **a)** suas *fontes de conhecimento*, que são dados que ele deve levar em conta para elaborar suas construções (Constituição, tratados internacionais, leis penais formais, leis penais materiais, leis não-penais, dados sociais e de outras disciplinas, informação histórica, direito comparado, jurisprudência, filosofia etc.) e **b)** suas *fontes de informação*, aquelas que permitem conhecer o estado presente ou passado desse saber (tratados, manuais, compêndios, cursos, enciclopédias, comentários, artigos, revistas especializadas, monografias, ensaios etc.).

III. As fontes de conhecimento do direito penal

1. O saber penal – direito penal ou "ciência" do direito penal, se se preferir – abarca em seu horizonte de projeção todas as leis que habilitam o exercício do poder punitivo e, portanto, as decisões formalizadas como leis pelas agências políticas representam parte substancial de sua área de conhecimento. Por certo, algumas

---

[119] Cf. *infra*, § 10, II.

[120] No caderno 31 do *Juristische Wochenschrift* de 1934 dizia-se: *Einst, Keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: Kein Verbrechen ohne Strafe!* (cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 20).

[121] Rüthers, Bernd, op. cit., pp. 20, 26 e 28.

delas se incorporam para o único efeito de que o direito penal ofereça modelos de decisões judiciais que neutralizem sua habilitação de poder punitivo, por tratar-se de um exercício inconstitucional. A interpretação das leis penais, para determinar seu alcance e propor um sistema coerente de decisões às agências judiciais, requer a incorporação de outros dados do mundo, porque a legislação penal é produto de atos do poder inseridos em uma realidade dinâmica e complexa. Sem tais dados, o direito penal seria praticamente impossível ou quase inconcebível.

2. Em princípio, a construção do *tipo normativo de leis penais constitucionalmente admitidas* (como instrumento que permita excluir as restantes, por serem inconstitucionais) impõe o conhecimento do direito constitucional e do direito internacional (em particular, do direito internacional dos direitos humanos). Por outro lado, o direito penal não pode aperfeiçoar seus conceitos sem levar em conta outras leis que lhe impõem conteúdos normativos (civis, comerciais etc.). No entanto, os conhecimentos de que necessita o direito penal para seu desenvolvimento não se esgotam com esses dados legais e normativos; se ele pretende oferecer um sistema para orientar as decisões das agências judiciais, cabe-lhe, também, a crítica da jurisprudência e, por conseguinte, seu conhecimento deve igualmente nutrir-se das decisões dos tribunais.

3. De qualquer maneira, as fontes do direito penal não podem ser enumeradas taxativamente. O direito penal compartilha seu caráter cultural com o direito em geral. Tal caráter foi levado ao extremo, em dois sentidos, quando: **a)** a partir do neokantismo, pretendeu-se converter todas as normas jurídicas em normas de cultura; **b)** a partir de certa aplicação apressada da psicanálise ao poder punitivo, entendeu-se que, como *repressão*, ele se achava na origem da cultura, conceito que, como visto, deve ser invertido. A negação de qualquer desses extremos, porém, não autoriza o desconhecimento de um caráter comum a todo direito. Tanto seu caráter cultural quanto seu objeto (interpretação de leis que causam efeitos na sociedade) impõem ao direito penal a necessidade de incorporar dados ônticos, extraídos das diversas disciplinas que compartilham conhecimentos parciais do campo da realidade. É óbvio que o enunciado completo formulado por essas disciplinas seria impossível.

4. Costuma-se sustentar que a única fonte de conhecimento do direito penal é a lei formal, e que o restante dos dados que sua elaboração demanda estão englobados na ideia de *relações com outras ciências*. Em primeiro lugar, cabe insistir no *risco de confundir lei penal com lei penal constitucional*, porque importa o perigo de ocultar o caráter punitivo das leis penais inconstitucionais. Em segundo lugar, não se trata de meras *relações*, mas de uma *necessária interdisciplinaridade do direito penal* (saber penal) que, nem por isso, compromete sua autonomia, mas, ao contrário, se impõe, porque ninguém pode interpretar o objeto que uma ordem do saber coloca dentro de seu horizonte de projeção sem valer-se de dados nem submeter-se a condicionamentos de seu saber, os quais não apenas estão fora desses limites, como por vezes insuspeitadamente distantes deles.

5. O direito penal seria muito pobre se pretendesse negar a importância dos dados históricos, dos critérios jurisprudenciais, da informação política, social e econômica, da localização na história das ideias e no quadro da dinâmica cultural, enfim de todo aporte científico que possa esclarecer o efeito real da norma na prática do sistema penal, bem como contribuir para a compreensão e a crítica ideológica da norma ou do entendimento de sua função. Qualquer ciência que pretenda fechar-se para a interdisciplinaridade exibe precária segurança autonômica, é desprestigiada pelo próprio crescente autismo discursivo e perde eficácia em razão de não produzir inteligibilidades para seu objeto.

IV. A filosofia como fonte de conhecimento do direito penal

1. Os autores liberais do século XIX consideraram que a filosofia era fonte de conhecimento do direito penal[122]; em geral, suas obras começavam expondo seu ponto de partida filosófico. Era natural que assim procedessem aqueles que procuravam derivar da razão seu sistema de direito penal, o que, por outro lado, se impunha ante a pobreza ou carência de fundamento constitucional: o poder punitivo devia ser contido a partir de uma ideologia da qual se derivavam os princípios limitadores. Na luta contra o poder do Estado, como bons herdeiros da Ilustração, eles esgrimiam a razão em primeiro lugar. Quando, em uma segunda etapa, os princípios liberais foram recebidos e incorporados aos estatutos políticos (Constituições), os sistemas se construíram sobre a base das leis positivas e o prestígio da filosofia, como fonte do direito penal, debilitou-se. Em etapas posteriores chegou-se ao limite de rechaçar qualquer influência da filosofia sobre o direito penal e de considerá-la diretamente prejudicial[123]. Em geral – e sem cair em tais extremos – desde que se impôs a construção do sistema do direito penal conforme as regras dogmáticas não se atribui à filosofia o caráter de fonte. Cabe indagar se essa tradição – não tão velha – é correta[124].

[122] Assim, p. ex., Feuerbach, *Lehrbuch*, 1832, § 2.

[123] Assim, Manzini, I, pp. 10 a 16; em sentido muito crítico, Bettiol, Giuseppe, em MP, Paraná, Curitiba, ano VI, 7, 1977.

[124] Sobre isto, Merkel, Reinhart, *La insostenible situación del derecho penal*, p. 195; Polaino Navarrete, Miguel, p. 193; Azevedo, Plauto Faraco de, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 48 ss.

2. Convém considerar – sem prejuízo de retornar oportunamente ao tema – que não é fácil negar à filosofia o caráter de fonte do direito penal contemporâneo. O direito penal – como qualquer saber – se indaga acerca do ser de certo universo (horizonte) de entes, ao passo que a filosofia se interroga sobre o ser de todos os entes (ontologia). Nesse sentido pode-se afirmar que as ciências são uma espécie de *ontologias regionais*. Advirta-se que a ontologia não deve aqui ser entendida como indagação ao ser de cada um dos entes, mas sim ao que faz todos os entes serem: *"por que ser? por que não ser?"* seria, talvez, a melhor formulação de sua pergunta pensante. A menos que se caia em um extremo positivismo formal e se acabe afirmando que a ontologia é um erro semântico[125] – o que não deixaria de ser tampouco uma ontologia – o sistema de compreensão de qualquer saber tem uma referência ou base ontológica à qual permanece conectado.

3. A ontologia não pode ensaiar qualquer resposta à pergunta sobre o ser sem se perguntar antes *pelo ser do ente que pergunta* (pelo ser humano que interroga e que lhe transfere a forma interpelante quanto à própria pergunta). A pergunta ontológica requer um fio condutor que deve começar decidindo a qual ente interrogar primeiro, e ali aparece uma sinalização ôntica do humano, porque é ele quem formula a pergunta e esta possui, inevitavelmente, forma humana[126]. Daí, o fato de que o primeiro capítulo da ontologia (estudo do ser) seja a antropologia filosófica (estudo do ser do humano), o que nos mostra que o direito penal, através de sua conexão com a filosofia (ontologia) se acha vinculado à antropologia filosófica, isto é, à concepção do humano. Por outro lado, a história do direito penal nos demonstra que, empiricamente, essa conexão está sempre presente: é possível compartilhar, ou não, as concepções do humano de cada época, mas é indubitável que o direito penal sempre se elaborou pressupondo alguma delas: kantiana, hegeliana, positivista, romântica etc.

4. A decisão política, que precede e condiciona a construção de todo sistema de compreensão do direito penal, nutre-se intimamente de uma antropologia ou concepção do humano, ainda que não a declare ou nem mesmo a reconheça. Nestas últimas hipóteses não se sente a falta de base antropológica, mas ela se apresenta confusa. Ocultar a decisão política prévia ao sistema e a antropologia que a fundamenta não tem o efeito de fazê-las desaparecer, mas sim de impedir o controle de sua racionalidade: assim como ante a omissão da função expressa subsiste a função latente, ante a imprecisão quanto à antropologia fundante subsiste igualmente uma antropologia também latente. Por conseguinte, *não parece possível negar à filosofia (e, em especial, à antropologia filosófica) o caráter de fonte do direito penal.*

[125] Nesta posição extrema, Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*, p. 259.

[126] Cf. Heidegger, Martin, *Sein und Zeit*.

V. O direito penal comparado como fonte de conhecimento

1. Tem-se considerado o direito penal comparado como método para a investigação do direito em geral e do direito penal em particular[127]. A ambiguidade terminológica entre direito penal e legislação penal também obscurece tal função. O conhecimento da legislação penal comparada é uma tarefa vital para as agências políticas ou de criminalização primária; nesse sentido, sua utilidade é indiscutível. A questão é saber se outra modalidade de comparação, voltada para a construção dos sistemas de compreensão do direito penal – que devem respeitar a regra da adequação legal em cada um dos países ou estados com poder de criminalização primária – apresenta a mesma utilidade.

2. É inegável que o saber não conhece fronteiras e que, atualmente, não é comum que uma decisão legislativa converta em papel de embrulho bibliotecas inteiras com a mesma facilidade com a qual podia fazê-lo até fins da última contenda mundial: a universalização dos direitos humanos[128] impõe um marco comum, e o empreendimento demolidor dos legisladores nacionais ou locais dispõe de novos e estreitos limites, sem contar com que, embora seja uma barreira relativamente frágil, cada tempo histórico produz sua própria *cultura dos direitos*, e se o legislador nunca pode reduzir o espaço dos direitos e liberdades para aquém das lindes fixadas pelo desenvolvimento histórico da nação[129], tampouco pode fazê-lo violentando a consciência jurídica universal. Rigorosamente, a comparação e a comunicação teórica foram afetadas quando as línguas nacionais substituíram o latim, sendo fantástica a informação comparada até as primeiras décadas do século XIX[130]. Essa relativa falta de comunicação nunca foi total[131], achando-se completamente superada hoje. A despeito da real eficácia da universalização dos direitos humanos restringir-se a certas regiões geograficamente demarcáveis, e das múltiplas violações que ocorrem mesmo nessas regiões ou a partir delas, e ainda da indisfarçável manipulação ideológica de alguns discursos teóricos delas provenientes, impõe-se um quadro normativo

[127] Cf., Schmitzer, Adolf, *Vergleichende Rechtslehre*; Ancel, Marc, *Utilitè et méthodes du droit pénal comparé*; Hall, Jerome, *Comparative Law and Social Theory*; Rodière, René, *Introduction au Droit Comparé*, Paris, 1979, ed. Dalloz; Fromont, Michel, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, Paris, 1987, ed. Dalloz; Tobeñas, Jose Castan, *Los Sistemas Juridicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, Madri, 1957, ed. Reus; Losano, Mario G., Os Grandes Sistemas Jurídicos, trad. A.F.Bastos e L. Leitão, Lisboa, 1979, ed. Presença; a mais completa informação em Jescheck-Kaiser, *Die Vergleichtung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*; David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*.

[128] Cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado*, t. I, p. 40 ss.

[129] Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, p. 24.

[130] É demonstrativo Böhmer, D. Georg Wilhelm, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts*.

[131] V., p. ex., Boeresco, B., *Traité comparatif*.

básico comum, e a indústria de papel de embrulho dos legisladores nacionais passou a ter limites mais restritos.

3. É fácil comprovar não haver sistemas que sejam construídos sem receber influência de outros, estruturados para outros países. É possível distinguir, segundo sua história – inclusive e especialmente a história de suas respectivas influências, que por vezes as conduziu para regiões geográficas distantes – algumas "famílias" jurídicas. Toda a América Latina, e portanto também o Brasil, se filia à família jurídica romano-germânica continental, por efeito do empreendimento colonial ibérico mercantilista; sendo assim, encontraremos afinidades estruturais do direito penal brasileiro com os direitos penais de todos os países com a mesma filiação (Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina, Colômbia, México etc.). Tais afinidades favorecem o intercâmbio de discursos teóricos, sempre limitados por opções legislativas pontuais contraditórias, e isso explica a frequente utilização, no Brasil, dos autores europeus e latino-americanos. Já a família jurídica anglo-saxônica possui características diferentes, vinculadas a sua específica formação histórica, onde conviria destacar o papel secundário do direito romano, o estabelecimento da *common law* a partir da conquista normanda e as peculiares funções exercidas pelas corporações dos juristas. Além dessas duas famílias europeias[132] – cujas diferenças, em razão do permanente intercâmbio, estão hoje bem atenuadas[133] – existem outras, como as consuetudinárias africanas, a islâmica, as tradicionais indiana, chinesa e japonesa, que em momentos diversos se confrontam com as europeias, refugindo tais encontros aos limites dessa breve menção. Abstenhamo-nos de fitar os direitos dessas outras famílias com nossos olhos romano-germânicos continentais, para não reproduzir na teoria jurídica o etnocentrismo que foi a alma do colonialismo.

4. A própria legislação penal comparada não se mostra indiferente à construção de um sistema, porque: **a)** é necessária para precisar os caracteres diferenciais da própria legislação; **b)** quando uma legislação reconhece expressamente um nível maior de realização de algum dos princípios limitadores do poder punitivo, contribui com isso para o avanço realizador em outros sistemas, pois, como epifenômeno, facilita a argumentação que permite interpretar de um modo mais progressista as disposições de outras legislações e, inclusive, postular sua inconstitucionalidade; **c)** não é raro que interpretações baseadas na adaptação de argumentos sistemáticos, fundamentados em outras leis, provoquem a reforma da lei local; **d)** a comparação legislativa evidencia os anacronismos da própria legislação.

[132] Herrmann, Joachim, em *De Jure*, Un. Pretoria, 1981, 14, pp. 39 ss.

[133] Cf. Muñoz Conde, Francisco, em *Prólogo* a Fletcher, George, *Conceptos básicos*.

VI. As fontes de informação do direito penal

1. *Fontes de informação do direito penal* são aquelas que nos permitem conhecer o estado do saber jurídico-penal em algum momento de sua história. Por seu intermédio, chega-se ao direito penal contemporâneo ou passado. Elas constituem a bibliografia penal, também chamada de *literatura penal*. O volume bibliográfico de nossa matéria é extraordinário e crescente. As bibliotecas de direito penal comparado, que às vezes superam cem mil volumes, dão uma ideia de sua dimensão mundial. Sua classificação não difere da usual em qualquer ramo jurídico.

2. As obras gerais, que expõem a totalidade da disciplina, costumam dividir-se em *tratados*, *cursos*, *manuais*, *programas*, *estruturas*, *lições*, *comentários*, *sínteses* e *princípios*. Embora entre aquelas editadas do final do século XIX ao início do século XX haja as que oferecem um painel enciclopédico, algumas coletivas (*Pessina*, *Cogliolo*, *Grispigni*) e outras individuais (*Manzini*, *Jiménez de Asúa*) e, inclusive, uma de Parte Especial com idênticas características (*Quintano Ripollés*), nas últimas décadas se observa uma acentuada tendência a privilegiar as obras de Parte Geral e deixar o estudo dos crimes em espécie para desenvolvimento monográfico. O modelo do *Lehrbuch* ou tratado alemão foi sempre de um só volume, ao passo que nas línguas neolatinas tal denominação costuma restringir-se às obras em vários volumes (quase enciclopédicas). Também nestas línguas, algumas obras de muitos volumes são chamadas de *Manuais* (*Pannain*, *Antolisei*). Nas últimas décadas, o modelo dos tratados alemães parece estender-se à produção italiana e espanhola. Uma forma de exposição frequente se encontra nos códigos comentados, havendo desde aqueles integrados em um volume de comentários breves (como, entre nós, a fórmula pioneira das anotações de *Celso Delmanto*) até as obras que abarcam vários volumes (*Nélson Hungria*). O restante da literatura penal é composto de *monografias*, *ensaios* (gênero pouco comum) e artigos em revistas especializadas ou de direito em geral. Provém da Europa a tradição de obras coletivas dedicadas a catedráticos, em geral por ocasião de sua aposentadoria, as quais consistem em coleções de trabalhos apresentados por colegas e discípulos (livros-homenagem).

3. A tradição jurídico-penal brasileira e latino-americana provém da Europa continental. O método jurídico empregado é o dogmático, cuja paternidade é disputada entre alemães e italianos, mas que a partir de fins do século XIX se desenvolveu mais intensamente na Alemanha. Por conseguinte, a bibliografia estrangeira mais influente na América Latina, onde alcançou grande desenvolvimento, teve origem em países europeus que acompanharam mais de perto tal

método (Alemanha, Itália e Espanha; em menor medida, Portugal, Áustria e Suíça). Já a francesa, hoje em dia, não tem influência no mundo latino-americano, apesar de haver sido notória sua importância no século XIX, especialmente no Brasil. A anglo-saxã é praticamente desconhecida. Vários autores alemães e italianos foram traduzidos para o português e suas obras publicadas no Brasil. Nos últimos anos, as traduções espanholas – particularmente de autores alemães – vêm contribuindo para fomentar a discussão doutrinária em toda a América Latina, ao passo que as obras italianas quase não são traduzidas. A bibliografia penal brasileira é considerável e crescente, acompanhando uma tendência mundial claramente perceptível, que, em grande parte, diz respeito às expectativas de desempenho dos sistemas penais pela nova ordem econômica transnacional, em vias de implantação.

CAPÍTULO IV

LIMITES DERIVADOS DA FUNÇÃO POLÍTICA

Aguado Correa, Teresa *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madri, 1999; Aguda, Akinola, *Principles of Criminal Liability in Nigerian Law*, Ibadan University Press, 1965; Aieta, Vânia S. – Ishida, Válter K. – Leite, George S., A Indução e a Analogia no Campo do Direito, Rio, 2002, ed. L. Juris; Alchourrón, Carlos E. e Bulygin, Eugenio, *Von Wright y la filosofía del derecho*, em *Análisis Lógico y Derecho*, Madri, 1991; Andreucci, Ricardo A., Direito Penal e Criação Judicial, S. Paulo, 1989, ed. RT; Angioni, Francesco, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale, em Bene Giuridico e riforma della parte speciale*, Nápoles, 1985, p. 72; Araújo Leitão, Ana Valéria N., Direitos culturais dos povos indígenas, em Santilli, Juliana (org.) Os Direitos Indígenas e a Constituição, P. Alegre, 1993, ed. Fabris, p. 237 ss.; Arce, Enrique – Díaz Cantón, Fernando, *Obligatoriedad de los fallos plenarios, su inconstitucionalidad*, em NDP, A/1996, p. 189 ss.; Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991; Arroyo Zapatero, Luis, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, em *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1983, p. 9 ss.; Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales del derecho penal*, Buenos Aires, 1999; *La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición, em El derecho penal hoy, Hom. ao Prof. David Baigún*, Bs. As., 1995, pp. 150 ss.; do mesmo, *Validez de las normas del gobierno de facto despues de la elección de las autoridades constitucionales, em El Derecho*, t. 48, p. 867; *Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno "de facto", em El Derecho*, t. 49, p. 989; Baigún, David, *Las primeras leyes: Derogación de la autoamnistía (23.040), habeas corpus para las condenas militares (23.042) y reforma del Código de Justicia Militar (23.049), em Doctrina Penal*, ano 7, 1984, p. 77; Bakhtin, Mikhail, *Marxismo e Filosofia da Linguagem*, trad. M. Lahud e Y. F. Vieira, S. Paulo, 1995, ed. Hucitec; Banerji, Eric, *Strict Responsabilitiy, em Essays on the Indian Penal Code*, Bombay, 1962; Baratta, Alessandro, *Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, em DP, 1987, pp. 623 ss.; Bardelli, Niccolò, *La libertà individuale nella constituzione e nelle leggi ordinarie*, Turim, 1898; Batista, Nilo, Aspectos jurídico-penais da anistia, em Temas de Direito Penal, Rio, 1984, ed. L. Juris, pp. 75 ss.; Barroso,

Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, 1999; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Derechos humanos y Derecho penal*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Córdoba, 1988, p. 27 ss.; Beristain, Antonio, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Bs. As., 1982; Bidart Campos, Germán, *Actos legislativos del poder ejecutivo "de facto" despues de instalado el gobierno "de jure": su derogación*, em *El Derecho*, t. 49, p. 895; do mesmo, *La derogación de la ley de amnisitía 22.924*, em *El Derecho*, t. 110, p. 340; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo IV, Bs. As., 1994; do mesmo, *Casos de Derechos Humanos*, Bs. As., 1997; Bielsa, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, 1952; Bitencourt, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal, PG, S. Paulo, 1999, ed. RT; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal. El primer penalista de América Española*, México, 1957; Bretone, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, México, 1999; Bueno de Carvalho, Amilton – Carvalho, Salo de, Aplicação da Pena e Garantismo, Rio, 2002, ed. L. Juris; Bustos Ramírez, Juan, *Política criminal y Estado, em Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pp. 317 ss.; Cardoso da Cunha, Rosa Maria, *O caráter retórico do princípio da legalidade*, Porto Alegre, 1979; Carrara, Francesco, *Dante criminalista*, em *Opuscoli*, Prato, 1885, II, pp. 649 ss.; Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., 2000; Carrió, Genaro, *Sobre la legislación in extremis de los gobiernos de facto*, em *El Derecho*, t. 50, p. 129; Castilho, Ela Wiecko V. de, Controle da Legalidade na Execução Penal, P. Alegre, 1988, ed. Fabris; Cavallero, Ricardo, *Justicia criminal. Debates en la Corte Suprema*, Bs. As., 1991; Cerezo Mir, José, *El "versari in re illicita" en el código penal español*, em ADP, Madri, 1962; Constitución Nacional de 1989. Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853 y Convención Reformadora de 1860 y 1866, Buenos Aires, 1898; Cooley, Thomas, *The General Principles of the Constitucional Law in the United States of America*, Boston, 1898; Cornejo, Abel, *Teoría de la Insignificancia*, B. Aires, 1997, ed. Ad-Hoc.; Corominas, J., *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madri, 1976; Costa Jr., Paulo José da, Comentários ao Código Penal, S. Paulo, 1986, ed. Saraiva; Costa Lima, Jesus, Comentários às Súmulas do STJ, Brasília, 1997-1999, ed. Brasília Jurídica (4 vols.); Cruz, Fernando – González, Daniel, *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*, San José, 1990; Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, 1958; Cuerda Arnau, María Luisa, *Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal*, em *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pp. 447 ss.; Curtis, George Ticknor, Historia del origen, formación y adopción de la Constitución de los Estados Unidos, Buenos Aires, 1866; Cury,

Enrique, *La ley penal en blanco*, Bogotá, 1988; Choclán Montalvo, José Antonio, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madri, 1997; De Luca, Javier Augusto, *Leyes penales más benignas, em blanco y Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1997; De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Bs. As., 1907; Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, Bs. As., 1860; Díez Ripollés, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, em *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, 1998, pp. 444 ss.; Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Madri, 1915; Dotti, René Ariel, Curso de Direito Penal, Rio, 2001, ed. Forense; Doval Pais, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999; *El Redactor de la Asamblea (1813-1815), reimpresión facsimilar ilustrada dirigida por la Junta de Historia y Numismática Americana en cumplimiento de la ley 9044*, Buenos Aires, 1913; Estrada, José Manuel, *Curso de derecho constitucional federal y administrativo*, Bs. As., 1895; Falcón y Tella, María José *El argumento analógico en el derecho*, Madri, 1991; Faralli, Carla, *Certeza del diritto o diritto alla certeza*, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 1, Genova, 1998, p. 89 ss.; Fernandes de Souza, Luiz Sérgio, O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito, S. Paulo, 1993, ed. RT; Fernández, Gonzalo D., *Derecho penal y derechos humanos*, Montevideo, 1988; Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madri, 1997; Fierro, Guillermo J., *La ley penal y el derecho transitorio*, Bs. As., 1978; do mesmo, *La ley penal y el derecho internacional*, Bs. As., 1997; Frederico Marques, José, Tratado de Direito Penal, S. Paulo, 1964, ed. Saraiva; do mesmo, Elementos de Direito Processual Penal, Rio, 1961, ed. Forense; Frías, Uladislao, *Trabajos legislativos de las primeras Asambleas Argentinas, desde la Junta de 1811 hasta la disolución del Congreso de 1827*, Bs. As., 1882; Friedland, Martin L., *Double jeopardy*, Oxford, 1969; Frossard, Serge, *Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines, em Rev. Sciencies Crim.*, 1998, pp. 703 ss.; Gallo, Marcelo, *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Turim, 1999; Gamberini, A., em Cadoppi, A. *et alii, Introduzione al sistema penale, v. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti*, Turim, 1997; Garcia Albero, Ramón *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995; García Arán, Mercedes, *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 63 ss; Garcia, Basileu, Instituições de Direito Penal, S. Paulo, 4° ed., ed. M. Limonad; García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madri, 1995; García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*,

México, 1997; García Rivas, Nicolás *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madri, 1992; García Vitor, Enrique, *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria y el Derecho Penal. Reparos constitucionales*, CDJP, nº 7, 1997, p. 639 ss.; do mesmo, *Planteos penales*, Santa Fé, 1994, p. 123; Gerpe Landín, Manuel, *Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal*, em *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1991, p. 73 ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madri, 1999; Gomard, Bernhard, *Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze*, em ZStW, 1971, pp. 332 ss.; Gómez, Eusebio, *La analogía en las legislaciones penales rusa y alemana, em Rev. Penal y Penit.*, III, 1938; González, Florentino, *Lecciones de derecho constitucional*, Paris, 1871; Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, Rio, 2002, ed. Impetus; Habermas, Jürgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madri, 1981; Hassemer, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, em *Nuevo Foro Penal*, nº 51, 1991, p. 17 ss.; Heath, James, *Eigteenth Century penal Theory*, Oxford, 1963; Heinze, Carl Friedrich Rud., Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht mit besonderer Berücksichtigung der durch das Norddeutsche StGB veranlasten Landesgesetze, Leipzig, 1871; Herzog, Félix, *Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)*, em *Nuevo Foro Penal*, nº 53, 1991, p. 303 ss.; Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Breslau, 1778; IIDH, *Iudicium et Vita*, nº 6, San José, 1998; Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madri; Jakobs, Günter, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997; Jesus, Damásio E. de, Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. Saraiva; Kargl, Walter, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, p. 53 ss.; KayBer, Marijon, *Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.) *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, p. 162; Kössig, Karl Gottlob, *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht aus dem Hommelischen*, Breslau, 1784; Krauss, Detlef, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht*, em ZStW, 76, 1964, pp. 19 ss.; Lardizabal y Uribe, *Manuel de, Discurso sobre las penas contraído a las leyes penales de España, para facilitar su reforma*, Madri, 1782; León Villaba, Francisco Javier de, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona, 1998; Lesch, Heiko Hartmut, *Die Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalem Revision*, Köln, 1999; Lewisch, Peter, Verfassung und Strafrecht, *Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung*, Viena, 1993; Löffler, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895; Lopes, Jair Leonardo, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; López, Lucio V., *Curso de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1891; Luder, Italo, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, 1959; do mesmo, *La dogmática ejecutivo-penal*, em LL, 132, 1968, pp. 1258 ss.; Luisi, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, P. Alegre, 1991, ed. Fabris; Magalhães Noronha, Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva; Maier, Julio B. J., *Amnistía, vigencia del derecho y ley más benigna*, em *Doctrina Penal*, 1983, p. 679; do mesmo, *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*, em DP, ano 9, 1986, p. 415 ss.; Marxen, Klaus, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswiss. der zwanziger und dreissiger Jahre, Berlim, 1975; Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937; Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. II, Parte Especial, *Poder de policía y poder tributario*, Bs. As., 1950; Mayrink da Costa, Álvaro, Direito Penal, Rio, 1991, ed. Forense; Mestieri, João, Manual de Direito Penal, Rio, 1999, ed. Forense; Millan, Alberto S., *Amnistía Penal*, B. Aires, 1958, ed. Ab. Perrot; Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. Atlas; Moreno (h), Rodolfo, *El problema penal*, Buenos Aires, 1933; Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y dogmática de las víctimas, em Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, 1998, pp. 355 ss.; Murphy, John – Dumont, Jon-Michael, *The rendition of international criminals: hart cases make bad law*, em *Frestskrift till Jacob W. F. Sundberg*, Escolmo, 1993, p. 173; Naucke, Wolfang, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000, p. 545; Nestler, Cornelius, *El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), cit., pp. 77 ss.; Neumann, Oskar, Das Blankstrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts, Breslau, 1906; Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992; Núñez, Ricardo C, *La ley única fuente del derecho penal argentino*, Córdoba, 1993; Palazzo, Francesco, *Orientamenti dottrinali e effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, em RIDPP, 1991, pp. 327 ss.; do mesmo, *Certezza del diritto e codificazione penale*, em *Politica del Diritto*, 1993, 3, p. 365 ss.; *A proposito di Codice Penale e leggi speciali*, em *Questione giustizia*, nº 2, 1991, p. 314; Paliero, Carlo Enrico, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Pádua, 1985; Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milão, 1990; Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos*

explicada y anotada, trad. de Clodomiro Quiroga, Bs. As., 1888; Peña Jumpa, Antonio, *Derecho y pluralidad cultural: el caso de los aymaras de Puno*, em *Derechos culturales*, Lima, 1996, pp. 96 ss.; Pereda, Julián, *El versari in re illicita en la doctrina y en el Código Penal*, Madri, 1948; Pereda, Julián, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, em ADP, Madri, 1956, pp. 213 ss.; Pierangeli, José Henrique, A norma penal em branco e sua validade temporal, em RJTJSP 85/27; Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, S. Paulo, 1971, ed. RT; Prado, Luiz Regis, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999,ed. RT; Pugliese, Giovanni, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, em *Judicial protection of Human Rights at the national and international level*, Milão, 1991, p. 89; Puppe, Ingeborg, em notas prévias ao § 13 do *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995 (5ª entrega, 1998); Rachid Coutinho, Aldacy, Poder Punitivo Trabalhista, S. Paulo, 1999, ed. LTr.; Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970; Ribeiro Lopes, Maurício Antônio, Princípio da Insignificância no Direito Penal, S. Paulo, 1997, ed. RT; do mesmo, Princípio da Legalidade Penal, S. Paulo, 1994, ed. RT; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, 1964; Roberts-Pastor, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1996; Rosas, Roberto, Direito Sumular, S. Paulo, 1995, ed. Malheiros; Roubier, Paul, *Les conflicts de lois dans le temps*, Paris, 1933; Rubio Llorente, Francisco – Favoreau, Louis, *El bloque de la constitucionalidad*, Madri, 1991; Rudolphi, Hans-Joachim, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalem Unrechtslehre*, em *Fest. F. Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 51 ss.; Rusconi, Maximiliano A., *Cuestiones de imputación y de responsabilidad en el derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1997; Sagüés, Nestor Pedro, *Sobre la inconstitucionalidad de las leyes secretas*, Buenos Aires, 1977; Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1975; Sanguiné, Odone, *Irretroatividade e retroatividade das variações da jurisprudência penal*, em Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, Rio, 1992, p. 465; Saraiva de Moraes, Railda, O Poder de Graça, Rio, 1979, ed. Forense; Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934; Segato, Rita Laura, *Frontiers and Margin*, Washington, 1995; Seguí, Ernesto, *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*, Rosário, 1993; Seiler, Robert, *Die Bedeutung des Handlungssunwertes im Verkehrsstrafrecht*, em *Fest. f. Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 75 ss.; Sgubbi, Filippo, *Tutela penale di "interesi difusi"*, em La Questione Criminale, nº 3, 1975, pp. 439 ss.; Silva Franco, Alberto, Retroatividade penal benéfica, RT 589/285; Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Bs. As., 1966; do mesmo, *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, ed. Tip.Arg; Staechelin, Gregor, *¿Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal del derecho penal?*, em Romeo Casabona (org.), cit.; Stavehagen, Rodolfo – Iturralde, Diego, *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990; Stavenhagen, Rodolfo, *Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción*, em Revista IIDH, nº 26, San José, 1997, pp. 81 ss.; Streck, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, P. Alegre, 2000; do mesmo, Súmulas no direito brasileiro, Porto Alegre, 1999; também, Tribunal do Júri, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv.; Taipa de Carvalho, Américo A., *Sucessão de leis penais*, Coimbra, 1990; Tavares, Juarez, *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*, ADPCP, 1987, p. 753 ss.; do mesmo, Teoria do Injusto Penal, B. Horizonte, 2002, ed. Del Rey; Thompson, Augusto F. Gaffrée, Lei Penal em Branco e Retroatividade Benéfica, em Rev. Dir. Proc. Geral, Rio, 1968, v. 19; Thorpe, Francis Newton, The Constitutional History of the United States, Chicago, 1901; Tiffany, Joel, *Gobierno y Derecho Constitucional*, Bs. As., 1874; Torío López, Angel, *La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes*, em *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, 1987, pp. 286 ss.; Vasalli, Giuliano, *Abolitio criminis e principii constituzionali*, em RIDPP, 1983, p. 367; Vásquez, Roberto, *La racionalidad de la pena*, Córdoba, 1995; Vico Mañas, Carlos, O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, S. Paulo, 1994, ed. Saraiva; von Humboldt, Wilhelm, *Los límites de la acción del estado*, 1988; Würtenberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1950; Zaffaroni, E.R., *Cruel penalties and double punishment*, em *Festkrift till Jacob W.F. Sundberg*, Estocolmo, 1993, pp. 469 ss.; *La penas crueles son penas, em Derecho penal y criminología*, Bogotá, 1992; do mesmo, *La ley de obediencia debida*, em *Lecciones y* Ensayos, Bs. As., 1988, nº 50; Zagrebelsky, Gustavo, *Amnistia, Indulto e Grazia*, Milão, 1974, ed. Giuffrè; Zenkner Schmidt, Andrei, O Princípio da Legalidade Penal, Porto Alegre, 2001, ed. Liv. Adv; também, A crise de legalidade na execução penal, em Carvalho, Salo (org.) Crítica à Execução Penal, Rio, 2002, ed. L. Juris, pp. 45 ss.; Zhanglin Chen, *L'analogía nel diritto penale cinese*, em RIDPP, 1991, pp. 1289 ss.

§ 10. Princípio da legalidade

I. Princípios limitadores: natureza e classificação

1. Sempre que a decisão política é anterior ao sistema e indica seu objetivo, opera-se entre os dois uma relação circular que rege toda a construção. As regras que derivam da escolha do objetivo (função manifesta do sistema) não podem ser invalidadas por considerações baseadas na necessidade de completitude lógica. Se o sistema não consegue evitar contradições internas, deve ser modificado ou substituído por outro que as evite sem afetar a validade dos limites indicados para sua função: o sistema é um meio, e não um valor em si mesmo. Sua construção lógica reconhece, dessa maneira, *caminhos proibidos* que derivam de sua função.

2. Verifica-se que nenhum dos princípios mencionados como limitadores do poder punitivo conhece uma aplicação absoluta. A observação corrente permite afirmar que se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana. Isso se deve ao espaço bastante limitado que as agências jurídicas ocupam dentro do quadro geral do poder punitivo e ao fato de que, inclusive dentro do exercício punitivo manifesto e nos casos submetidos a tais agências, elas não iniciam a criminalização, mas apenas se limitam a determinar seu prosseguimento ou interrupção. Se os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional, a ponto de se chegar a considerá-los como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam à extinção da pena[1]. Semelhante desconforto implica aceitar pacificamente que o direito penal viole a Constituição e o direito internacional. Sendo inaceitável essa proposta, convém considerar o dado de fato e incorporá-lo dinamicamente ao sistema: na realidade, observamos diversos níveis de elaboração dos princípios; no plano teórico, o dado deve ser incorporado para partir de tais níveis e assim impulsionar seu avanço. Isso nos obriga a considerá-los *regras de elaboração progressiva ou princípios inacabados (unfinished)*[2]. O incompleto grau de sua observância é paralelo a um defeito na realização do estado de direito. O progresso de seus *standards* de efetividade será paralelo ao progresso do poder jurídico e à redução da violência das restantes agências do poder punitivo.

[1] Assim, Naucke, p. 65.

[2] Cf. *supra*, § 3.

3. Os princípios limitadores impostos ao sistema, derivados da prévia decisão política indicativa de sua função, não apenas são inacabados em sua elaboração como também abertos em seu enunciado. A pretensão de catalogá-los foi baseada em um suposto *jus puniendi* ou *direito subjetivo de punir*, cujo titular seria o estado. Não existe esse *jus puniendi*, mas sim uma *potentia puniendi* carente de contenção e redução[3] e, por conseguinte, esses princípios não podem ser enumerados exaustivamente, pois novos conflitos, tecnologias, pretextos, violações, discursos e aportes de outras disciplinas, assim como o efeito de seu próprio avanço realizador, demandam sua permanente atualização, como o revela a admissão de novos direitos humanos e a previsão, pela Constituição da República, de direitos e garantias não expressos, porém *"decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"* (art. 5°, § 2° CR). Não tem cabimento enclausurar os princípios diante de um poder protéico e em parte oculto. Portanto, *toda elaboração desses princípios é transitória e perfectível e todo enunciado deles, provisório*; marcam uma etapa a partir da qual é necessário avançar em sua realização e na consequente contenção e redução do poder punitivo.

4. Na atual etapa, é possível agrupar os princípios limitadores – para mero efeito de sua exposição – em três classes: **a)** os que constituem o conjunto de manifestações particulares do princípio geral de legalidade ou de máxima legalidade; **b)** os que excluem toda pretensão punitiva que incorra em uma grosseira incompatibilidade com os Direitos Humanos; **c)** os que limitam a criminalização, derivando-se diretamente do princípio do estado de direito ou do princípio republicano de governo. *Este agrupamento corresponde a fins expositivos e não analíticos*, porque em cada classe tem-se como base a sinalização de uma característica preferencial ou de manifestação, mas que, em geral, não exclui as assinaladas nas duas classes restantes.

II. Princípio da legalidade formal

1. De acordo com este princípio[4], constrói-se o *tipo normativo de lei penal constitucional*, que serve para eliminar as restantes (as leis penais ilícitas). A Constituição da República atribui privativamente à União competência para legislar sobre direito penal (art. 22, inc. I CR), atribuição que será exercida pelo Congresso Nacional (art. 48 CR), observados os procedimentos constitu-

[3] Cf. *supra*, § 5.

[4] Cf. Arroyo Zapatero, Luis, em *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 3, 1983, p. 9 ss.; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, em *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Córdoba, 1988, p. 27 ss.; Hassemer, Winfried, *Fundamentos*, p. 310.

cionais do processo legislativo (arts. 59 ss CR). A expressão constitucional do princípio da legalidade aparece historicamente ligada à própria origem do constitucionalismo, à Declaração de Direitos da Virgínia (1776), à Constituição norte-americana (1787)[5] e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)[6]. No âmbito penal, foi o princípio formulado por Feuerbach, mediante três fórmulas latinas (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*)[7], cuja síntese converteu-se em seu enunciado corrente.

2. A Constituição Política do Império do Brasil (1824) consagrou o princípio da legalidade sob fórmula que lhe aglutinava traços embrionários dos princípios do juiz natural e do devido processo legal: "ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ella prescripta" (art. 179, inc. XI). Exceção feita à Constituição de 1937 (que continha, no item 13 do artigo 122, proibição de que "penas estabelecidas ou agravadas na lei nova" fossem aplicadas "aos fatos anteriores") e à Constituição de 1967 (que determinava, no § 16 do artigo 151, a observância da "lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu"), a fórmula de 1824 – com ligeiras alterações – seria retomada por todas as Cartas brasileiras anteriores a 1988: pela de 1891 (art. 72, § 15), pela de 1934 (art. 113, item 26) e pela de 1946 (art. 141, § 27). A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe em seu artigo 5°, inciso XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", tendo se inspirado na quase idêntica redação do artigo 1° de nosso Código Penal. O princípio da legalidade implica a proibição da lei *ex-post facto*, expressamente inscrita no texto constitucional: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (art. 5°, inc. XL). Vincula-se também ao princípio da legalidade o dispositivo constitucional que proscreve a pena de morte ("salvo em caso de guerra declarada"), as penas "de caráter perpétuo", "de trabalhos forçados", "de banimento" e as penas "cruéis" (art. 5°, inc. XLVII).

3. A legalidade penal se completa com o princípio geral de legalidade, que Pontes de Miranda preferia chamar de "*legaliteraliedade*"[8] e também costuma

[5] Sobre a cláusula 3ª, Sec. 9ª do art. 1° desta, Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos*, p. 463; Tiffany, Joel, *Gobierno y Derecho Constitucional*, p. 309; Cooley, Thomas, p. 6.

[6] Cf. Berdugo Gomez de la Torre e outros, *Lecciones*, p. 36; García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, p. 159; Faralli, Carla, em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 1, Gênova, 1998, p. 89 ss.; van Bemmelen, J.M.-van Hattum, W.F.C., I, p. 78; Jeandidier, Wilfrid, p. 80; nega que possa atribuir-se sua origem à Carta Magna ou à Carolina, Weber, Hellmuth von, *Grundriss*, p. 48.

[7] Feuerbach, *Lehrbuch*, § 20.

[8] Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, S. Paulo, 1971, ed. RT, v. V, p. 1.

ser designado por princípio de reserva, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5°, inc. II CR). Legalidade e reserva constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo. Do ponto de vista formal, a legalidade significa que *a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada*[9].

4. A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo. Não obstante, os usos e costumes servem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explícito, a eles se remete: limites da fraude no comércio, o conceito de "objeto obsceno", o devido cuidado em múltiplas atividades não-regulamentadas etc.

5. Tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução. Isso tampouco significa que a jurisprudência e o costume sejam indiferentes em outro sentido: se é verdade que não se proclama a derrogação da lei penal por dessuetude, também é verdade que uma lei penal jamais aplicada ou interpretada pacificamente em um determinado sentido proibitivo (ou prescritivo) não pode, de surpresa, ser esgrimida contra um cidadão, só porque o poder desejou selecioná-lo. Um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade. A indiferença absoluta das agências de criminalização secundária ou mesmo sua compreensão da lei condicionam uma perda da consciência de ilicitude e, por conseguinte, uma criminalização secundária omitida por longo tempo não pode, sem aviso prévio, ser posta em funcionamento, ainda que somente pela impossibilidade de reprovação da conduta, à vista da reiterada omissão ou indiferença anterior das próprias agências criminalizantes.

6. Perante a Constituição da República, qualquer pretensa lei penal material emanada da administração é obviamente inconstitucional. *A matéria penal*

[9] É óbvio que a lei penal deve ser publicada, de modo que não exista nenhuma possibilidade de aplicar uma "lei secreta", além de sua discutida constitucionalidade em geral, negada por Lisandro de la Torre (cf. Sagüés, Nestor Pedro, p. 84). No Brasil, durante a ditadura militar, foram editados inúmeros decretos secretos.

fica excluída das *medidas provisórias* (arts. 62 e 84, inc. XXVI CR)[10]. Por conseguinte, do tipo normativo de leis penais constitucionais devem ser excluídas todas aquelas não-emanadas dos órgãos legislativos do Estado dentro de suas respectivas atribuições. Em nenhum caso o Poder Executivo, o Judiciário e a Administração em geral podem criar leis penais. Somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária, refugindo portanto ao *tipo normativo de lei penal constitucional* qualquer norma dessa natureza produzida pelas Assembleias Legislativa dos Estados membros da Federação ou pelas Câmaras Municipais. Os Estados podem, entretanto, legislar –concorrentemente com a União– sobre direito penitenciário (art. 24, inc. I CR), devendo observar a prevalência hierárquica das normas gerais editadas pela União (art. 24, §§ 1° e 2° CR), nessa matéria constantes da lei n° 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP). A produção da legislação processual penal se inclui também na competência privativa da União (art. 22, inc. I CR), facultado contudo aos Estados membros legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inc. XI CR), sob as mesmas condições.

7. Existem casos nos quais a lei penal se limita a estabelecer uma cominação, deixando que outra lei – que pode ser também uma lei em sentido formal, porém geralmente não é – determine ou complemente a caracterização da ação proibida: trata-se das chamadas *leis penais em branco*[11] (que também chamaram-se *cominações penais cegas*[12]). Elas foram teorizadas na Alemanha para os casos de leis nacionais complementadas por outras, provinciais[13], na época imperial, quando se sustentou que a lei penal em branco tinha vigência independente da outra que a complementava, como resultado da teoria das normas de Binding, quem afirmava que o tipo destas leis *não repete a definição da conduta proibida pela norma, senão que, pelo contrário, é um branco cujo conteúdo provirá da norma*[14]. Deste modo, como a norma pertencia a um âmbito extrapenal, a lei em branco tinha vigência desde sua sanção, enquanto que a sanção da norma era só um pressuposto para sua aplicação. Não compartilhamos esse critério,

[10] Cf. Zenkner Schmidt, Andrei, O Princípio da Legalidade Penal, Porto Alegre, 2001, ed. Liv. Adv., pp. 153 ss; também Ribeiro Lopes, Maurício Antônio, Princípio da Legalidade Penal, S. Paulo, 1994, ed. RT, p. 108; Greco, Rogério, Curso de Direito Penal, Rio, 2002, ed. Impetus, p. 99, registra que a promulgação da Emenda Constitucional n° 32 encerrou o debate a respeito, ao vedar a edição de medidas provisórias versando direito penal (art. 62, § 1°, inc. I, al. *b* CR).

[11] A denominação se deve a Binding, *Handbuch*, Leizpig, 1885, p. 180.

[12] Assim, Heinze, Carl Friedrich Rud., *Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht*, Leipzig, 1871.

[13] Cf. Neumann, Oskar, *Das Blankstrafgesetz*.

[14] Binding, *Handbuch*, p. 180.

porque não se pode afirmar que haja um tipo penal[15] quando só existe uma pena legal, carente da ação típica[16], o que lhe impede cumprir sua função de programacão criminalizante. Tendo em vista sua natureza discutível[17], essas leis apresentaram múltiplos problemas interpretativos e constitucionais. **a)** Quando as leis que as complementam estão vigentes na época de sua sanção, o legislador costuma referir-se a elas usando o verbo no pretérito, mas às vezes pode ele empregá-lo no futuro, ocasião em que a operatividade da lei só se efetua com a sanção da norma complementar[18]. Em caso de dúvida, caberia entender que a norma em branco alude a normas futuras. **b)** Surge outra questão quando a lei penal é complementada por norma pertencente a um âmbito jurídico que admite a analogia, motivo que a tornará sempre inconstitucional. **c)** Não menos complexo é o caso de sucessivas leis complementares, em especial quando elas deixam de considerar proibida a ação: para aqueles que afirmam não integrarem elas o tipo penal, seria indiferente, com o que manter-se-ia a punição de condutas descriminalizadas.

8. Além desses problemas de difícil solução, não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes; hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais

[15] Expressamente reconhece a ausência de tipo penal Puppe, Ingeborg, em notas prévias ao § 13 do *Nomos Kommentar zum StGB*: "As leis penais em branco puras não contêm nenhum tipo em sentido próprio, senão que seu tipo o configuram todas as normas legais de conduta cuja violação ameaçam com pena". O conceito de tipo parcialmente em branco que sustenta (p. 29) é discutível. A ideia de que o tipo se integra com alguma característica do tipo que pertence a outra lei mais parece incorporar um elemento normativo e não uma lei penal em branco. Neste sentido, Zenkner Schmidt, op. cit, p. 156.

[16] Reconhece que nela media um abuso do instrumento punitivo Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, p. 52.

[17] Sobre sua duvidosa constitucionalidade, Gamberini, A., em Cadoppi, A. *et alii*, *Introduzione al sistema penale*, v. I, p. 124; Doval Pais, Antonio, pp. 141 e 200; sobre os problemas constitucionais, também García Arán, Mercedes, em *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 63 ss.; Gerpe Landín, Manuel, em *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 3, 1991, p. 73 ss; Zenkner Schmidt, op. cit., pp. 156 ss.

[18] É absolutamente inaceitável a tese de que a norma regulamentar que integraria o tipo pode ter vigência retroativa; sobre isso, Carbonell Mateu, Juan Carlos, p. 141.

leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito.

9. A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa[19], motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade*, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador. As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas *impróprias*, ou seja, as que remetem a outra norma emanada da mesma fonte[20] (*complementação homóloga*). Tal reenvio pode ser *interno* (quanto a outra disposição da própria lei) ou *externo* (quanto a outra lei de hierarquia idêntica ou superior – lei completamentar ou a própria Constituição). Fala-se, no primeiro caso, de *complementação homóloga homovitelina*, e, no segundo caso, de *complementação homóloga heterovitelina*[21]. Essas leis serão constitucionais à medida que o complexo resultante de ambas as normas não violar algum dos demais princípios limitadores a que estamos nos referindo, em especial o de estrita legalidade, de proscrição da analogia, de não-retroatividade etc.

III – Princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa

1. Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas[22], nem por isso o princípio da legalidade deve ser

[19] Sustentam que afeta a legalidade e a divisão de poderes Muñoz Conde, Francisco – García Arán, Mercedes, p. 38; expressamente admite a analogia a respeito da lei integradora Lewisch, Peter, *Verfassung und Strafrecht*, p. 76.

[20] Cf. Fontán Balestra, I, pp. 218-219; Blei, p. 98.

[21] Cf. Thompson, Augusto F. Gaffrée, Lei Penal em Branco e Retroatividade Benéfica, em Rev. Dir. Proc. Geral, Rio, 1968, v. 19, p. 233.

[22] Sobre isso, Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, pp. 31 e 100; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et alii*, *Lecciones*, p. 40.

desprezado[23], mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra[24]. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível[25], conforme ao princípio da máxima taxatividade legal[26]. Este princípio corre riscos a cada dia mais graves, como resultado da *descodificação* da legislação penal[27]. Embora se trate de um princípio elementar para a segurança jurídica, não importa numa legitimação do poder punitivo[28] que com o tipo se habilita, pois a arbitrariedade pode produzir-se na própria determinação legal[29]. Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma[30], quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: **a**) declarar a inconstitucionalidade da lei; **b**) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa.

2. A escolha de tais opções não pode ser arbitrária; há critérios que indicam a preferência por uma das duas. Em princípio, deve-se optar pela inconstitucionalidade quando a aplicação da máxima taxatividade interpretativa se torne por demais artificiosa, o que ocorre quando a interpretação resultante carece de todo ponto de apoio legal (implicando contradições, perdas de referência ou rupturas com a disciplina legal da matéria penalmente legislada), ou quando aquele ponto de apoio deva ser buscado em uma esfera bem distante, ou, ainda, quando a lei contém uma irracionalidade irredutível que não respon-

[23] Neste sentido, Cardoso da Cunha, Rosa Maria, *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 84.

[24] Sobre isso, Fernández, Gonzalo D., *Derecho penal y derechos humanos*, p. 117; Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, p. 125; Samaha, Joel, p. 43 (embora a Constituição norte-americana não proíba expressamente as *vague laws*, os tribunais as rechaçam conforme ao princípio de *void for vagueness*).

[25] Romano, Mario, *Commentario*, t. I, p. 41, afirma que o princípio de máxima taxatividade é o último e mais refinado fruto da evolução do princípio da legalidade.

[26] A proibição de analogia se acha em relação funcional com o mandato de determinação, e ambos são patrimônio do princípio de clareza do direito (Lewisch, Peter, *Verfassung und Strafrecht*, p. 65).

[27] Cf. Palazzo, Francesco, em *Politica del Diritto*, 1993, 3, p. 365 ss. (reclama reserva de código); do mesmo, em *Questione giustizia*, nº 2, 1991, p. 314 (critica a legislação especial porque cria problemas de coerência sistemática).

[28] Assim parece entender García Rivas, Nicolás, *El principio de determinación del hecho punible*, p. 24.

[29] Cf. Bustos Ramírez, Juan – Hormazabal Malareé, Hernán, *Lecciones*, p. 195; Pavarini, Massimo, em Cadoppi, A. e outros, *Introduzione al sistema penale*, I, p. 308.

[30] Sobre estas exigências, Palazzo, Francesco, em RIDPP, 1991, p. 327 ss.

de a um notório erro material de impressão[31]. Em tais casos deve-se preferir a inconstitucionalidade, porque o outro caminho, ainda que percorrido pela doutrina e pela jurisprudência, não interdita o âmbito de arbitrariedade seletiva das agências executivas.

3. O chamado *postulado de prudência*, que relega a inconstitucionalidade ao último plano e se assenta numa duvidosa presunção de compatibilidade constitucional das leis[32] não pode aplicar-se a esses casos, porque abre a porta ao exercício arbitrário de poder punitivo pelas agências executivas, bem como a prisões preventivas discricionárias. Conceitos como "*mulher honesta*" (arts. 215 e 219 CP) ou "*objeto obsceno*" (art. 234 CP) merecem a proclamação de inconstitucionalidade que obrigue o legislador a trabalhar com a responsabilidade republicana.

4. O princípio da máxima taxatividade se manifesta no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*. Enquanto o direito civil provê segurança jurídica tratando de resolver o maior número possível de conflitos, razão pela qual "quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" (art. 4º da lei de introdução ao Código Civil), a segurança jurídica que toca ao direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária. Enquanto o direito civil cumpre melhor sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo – sem lacunas[33] –, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.

5. Se se entende por analogia completar o texto legal, de modo a considerar proibido aquilo que ele não proíbe ou aquilo que ele permite, censurável aquilo que ele não censura ou, em geral, punível aquilo que ele não pune, base-

[31] Conte, Philippe-Maistre de Chambon, Patrick, p. 83, lembra um texto legal que proibia a descida de passageiros de um trem que não estivesse em marcha (obrigava à descida de trens em movimento). O parágrafo único do artigo 304 do Código de Trânsito Brasileiro (lei nº 9.503, de 23. set. 97) pretende criminalizar a omissão de socorro a uma pessoa que teve "morte instantânea".

[32] Assim, no direito argentino, Corte Suprema, *Fallos*, 1991, 314-424; no direito brasileiro, Barroso, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 171; sobre isso também, Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, p. 141 ss.; Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, p. 51.

[33] Sobre as lacunas da lei, Iturralde Sesma, Victoria, p. 147; Fernandes de Souza, Luiz Sérgio, O Papel da Ideologia no Preenchimento das Lacunas no Direito, S. Paulo, 1993, ed. RT.

ando-se a decisão em que tal texto proíbe, não justifica, censura ou pune condutas similares ou de similar gravidade, tal procedimento de interpretação fica absolutamente excluído da elaboração jurídica do direito penal, porque a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra[34]. Isso obedece ao fato de que é necessário extremar os recursos para que só a lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz *complementar* seus pressupostos. Como o direito penal provê maior segurança jurídica quanto mais descontínuo for o exercício do poder punitivo que habilita, é essa mesma segurança jurídica, que requer que o juiz recorra à analogia no direito civil, que exige que dela se abstenha no direito penal. Na atualidade, a proscrição da analogia é praticamente um princípio universal, salvo na China, embora de modo excepcional e centralizado em seu tribunal supremo[35]. Na Grã-Bretanha, na segunda metade do século XX, os juízes perderam essa faculdade integradora, inclusive formalmente[36]; apesar de ter-se a legalidade assentado no curso do século XIX[37], as exceções foram cada vez menos frequentes e, finalmente, em 1972, a Câmara dos Lordes declarou a extinção definitiva dessa faculdade residual[38]. O código penal dinamarquês parece reconhecê-la, porém, na prática, respeita-se a proscrição da integração analógica[39].

6. A analogia é chamada por alguns autores de *integração analógica*, distinguindo-a da *interpretação analógica*, ao passo que outros consideram que a integração é uma forma de interpretação[40]. M. E. Mayer situou com clareza a admissão da analogia *intra legem*, com rejeição da *praeter legem* e da *contra legem*[41]. Bem mais além dessa discussão, o que urge assinalar é que ninguém pretende excluir a analogia como forma ou recurso do pensamento. O *argumentum a simile* não tem por que ser eliminado do direito penal: a *violência* do art. 157 CP é análoga à do art. 352 CP. Quando aplicamos um princípio a um determinado número de casos, se não houver uma disposição legal ou uma razão plausível que nos diga o contrário, não teremos por que nos abster de aplicá-lo a outro que se encontre em uma relação essencial com aqueles[42]. Se não fosse aplicada a analogia na lógica jurídica, nosso labor seria prati-

[34] Gallo, Marcelo, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, p. 94.

[35] Zhanglin Chen, em RIDPP, 1991, p. 1.289 ss., tenta sem sucesso compatibilizar legalidade e analogia.

[36] Para isto usavam a figura da *conspiracy*, como no caso Shaw de 1961, no qual se condenou um sujeito por divulgar um catálogo de prostitutas (cf. Fitzgerald, P.J., pp. 8-9).

[37] Cf. Carvell, I.G. – Swinfen Green, E., pp. 7-8.

[38] Cf. Cross and Jones, pp. 11-12.

[39] Cf. Hurwitz, Stephan, pp. 137-138; Gomard, Bernhard, em ZStW, 1971, pp. 332 a 367; Landecho Velasco, Carlos María – Molina Blázquez, Concepción, p. 129.

[40] A adequada distinção em Max Ernst Mayer, *Lehrbuch*, p. 27.

[41] Mayer, M. E., *Lehrbuch*, p. 27.

[42] Cf. Jescheck-Weigend, p. 151; Gómez, Eusebio, em *Rev. Penal y Penit.*, III, 1938, p. 121.

camente irrealizável, porque o pensamento recorre à analogia de modo ineludível: a comparação é indispensável para o raciocínio[43].

7. Costuma-se fazer distinção entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*, entendendo-se que a primeira integra a lei ampliando a punibilidade e que a segunda a restringe aquém da letra da lei. A primeira se acha totalmente proscrita, ao passo que a segunda é sempre admissível[44], desde que não seja arbitrária[45]. Cabe particularmente analogia *in bonam partem* nas causas de justificação, quando os campos jurídicos aos quais remete a lei impõem-na ou admitem-na.

8. O princípio de interpretação restritiva também se expressa em uma segunda etapa que, sem dúvida, é puramente interpretativa: dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização[46] ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*[47], que não é pacificamente aceita, pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valorização processual da prova[48]. Aqueles que a refutam argumentam que, dentro dos limites semânticos do texto legal, pode-se escolher livremente a interpreta-

[43] Cf. Salgado Martins, José, p. 105; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método*, p. 67; García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, p. 155 ss.; Falcón e Tella, María José, *El argumento analógico en el derecho;* Aieta, Vânia S. – Ishida, Válter K. – Leite, George S., A Indução e a Analogia no Campo do Direito, Rio, 2002, ed. L. Juris; Andreucci, Ricardo A., Direito Penal e Criação Judicial, S. Paulo, 1989, ed. RT.

[44] Cf. Caraccioli, Ivo, p. 30; Boscarelli, Marco, p. 17 (refere-se ao princípio de proibição de analogia *in malam partem*); nosso código penal a consagra em matéria de atenuantes (art. 66), o que Irureta Goyena (há dispositivo similar no código uruguaio) explica afirmando que a realidade não pode ser esgotada (Reta, Adela – Grezzi, Ofelia, 1986, p. 179; Rodríguez Mourullo, em Cobo del Rosal, Manuel (org.), *Comentarios*, I, p. 159.

[45] Os penalistas tradicionais a rechaçam ou, pelo menos, a veem com desconfiança (p. ex. Pannain, Remo, p. 116; Artega Sánchez, Alberto, p. 60; Romano, Mario – Grasso, Giovanni – Padovani, Tullio, III, p. 11 ss.).

[46] Cf. Bardelli, Niccolò, *La libertà individuale*, p. 19 ss.; em sentido parecido, Hurtado Pozo, José, *Droit pénal*, p. 104; Hungria, Nelson – Fragoso, Heleno Cláudio, p. 91; Hassemer, Winfried, *Fundamentos*, p. 333.

[47] Assinalando que ambos os princípios descendem da *ultima ratio* do poder penal do estado, Rusconi, Maximiliano A., *Cuestiones de imputación y de responsabilidad*, p. 157; considerando o princípio *in dubio pro reo* uma derivação do princípio republicano, Bruno, Aníbal, I, p. 221; em sentido análogo, Bacigalupo, *Principios constitucionales*, p. 95; sobre o estado da questão na doutrina alemã, Jescheck-Weigend, p. 145.

[48] No próprio plano processual pretende-se sortear sua vigência mediante a chamada *determinação alternativa* (v. Jescheck-Weigend, p. 144; Maier, Julio, p. 574 ss.).

ção mais ampla, a literal ou a mais restritiva, ou seja, não admitem um princípio interpretativo geral de cunho restritivo. Tal posição se baseia em uma distinção que não se justifica – pelo menos com a extensão da negativa – porque as duas consequências (*in dubio pro reo* e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária. Só em casos muito excepcionais a regra geral da interpretação semanticamente mais restrita da criminalização primária cede em favor de outra mais ampla: é quando o sentido restringido traz uma consequência deformadora ou absurda, que o literal mais amplo evita (a *coisa móvel*, do art. 155 CP, deve ser compreendida no sentido corrente e não no do direito civil, porque isso resultaria em privilegiar irracionalmente o furto de imóveis por acessão – arts. 43 a 46 CC). Esse extremo também exige que a interpretação reduza o âmbito do proibido ao nível mínimo dos limites semânticos. O critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável[49].

IV. Princípio do respeito histórico ao âmbito legal do proibido

1. A lei é um texto. Todo texto pressupõe um contexto, tanto discursivo quanto social. Embora o texto permaneça o mesmo, o âmbito do legalmente proibido se transforma, tendo em vista a contínua transformação do contexto[50], porque qualquer produto da atividade do discurso humano deriva sua forma e seu significado da situação social em que aparece a fala: "o sentido da palavra é totalmente determinado por seu contexto"[51]. A transformação do contexto discursivo carreia problemas que são mais graves quando provindos de mudanças no âmbito social, cultural ou tecnológico. À luz de mudanças dessa natureza, uma conduta pode perder todo seu conteúdo lesivo ou dele carecer na imensa maioria dos casos (como, abstraídas as franquias constitucionais acerca da livre expressão artística – art. 5°, inc. IX CR –, seria de observar-se na "exposição pública de desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno" – art. 234 CP – no contexto dos movimentos de arte contemporâneos e da moralidade pública posterior à chamada "revolução sexual"). Em tais circunstâncias, a questão é resolvida através da aplicação do princípio da lesividade, cabendo notar que o mesmo objeto material que, na metade do século XX, porventura

[49] Sobre este fenômeno, Naucke, Wolfang, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 545 ss.

[50] Afirma-se que o direito "vive" no tempo e o tempo é uma característica constitutiva do direito (Bretone, Mario, em *Derecho y tiempo en la tradición europea*, p. 71).

[51] Bakhtin, Mikhail, Marxismo e Filosofia da Linguagem, trad. M. Lahud e Y. F. Vieira, S. Paulo, 1995, ed. Hucitec, p. 106; Rita Laura Segato, *Frontiers and Margin*.

poderia ofender sentimentos coletivos de pudor, a ponto de sugerir ao legislador de 1940 a criminalização antes referida, seria no início do século XXI completamente inofensivo – salvo para um teórico ou um juiz que precisamente o subtraísse (ou *se* subtraísse) do respectivo contexto histórico. O problema se agrava quando o texto, devido a uma dessas mudanças, aparece abarcando um âmbito de proibição inusitadamente amplo, como ocorreu no campo das violações penalmente relevantes de direitos autorais pela corrida tecnológica, que recorrentemente propiciava meios inéditos de reprodução das obras protegidas, e portanto não-contemplados por um legislador no particular inevitavelmente sempre atrasado.

2. Em tais casos deve-se levar em conta o contexto cultural do texto legal, razão pela qual, quando se comprova um fenômeno de inusitada extensão proibitiva, urge impor-lhe uma redução histórica. A legalidade é um princípio que serve para garantir a limitação do âmbito de programação criminalizante legislativa, e não se pode reverter seu sentido convertendo-o em argumento de ampliação inusitada e jamais prevista no contexto originário do texto, cujo efeito seria conceder um espaço seletivo de criminalização que alcança os limites máximos da arbitrariedade. Um tipo penal não pode arvorar-se em instrumento de indiscriminada criminalização; o legislador não profetiza, esgotando-se seu poder na disciplina legal daquilo que conhece.

3. O respeito histórico ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantasticamente as proibições: o punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de "atualização" legal constitucionalmente inadmissível. *A criminalização primária se estabelece por ação – jamais por omissão – das agências políticas.*

V. A irretroatividade da lei penal como princípio derivado da legalidade e do estado de direito

1. O princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei deve sempre ser entendida como aplicável somente a fatos que ocorram depois de sua vigência. Como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis *ex-post facto*[52]. A garantia de legalidade (art. 5°, incs. XXXIX e XL CR) tem o claro sentido de: **a**) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível; **b**) proibir que seja aplicada a quem cometer um delito uma pena mais pesada que a legalmente prevista na época de seu cometimento. Porquanto este – e não outro – é o objeto da proscrição da lei *ex-post facto*, o princípio da irretroatividade da lei penal reconhece uma importante exceção: o efeito retroativo da lei penal mais benigna[53]. Salvo os casos da chamada *abolitio criminis* – que se dá quando as agências políticas revogam, expressa ou tacitamente, a lei penal que criminalizava determinada conduta (depois do que a execução da pena correspondente ao já inexistente "delito" se converte num absurdo jurídico) – e da lei nova que passa a cominar outra pena, menos rigorosa (depois da qual a execução da pena anteriormente cominada se converte numa prática abusiva), a redação original, de 1940, do artigo 2° e seu parágrafo único do Código Penal condicionava a retroatividade da lei mais benigna à inocorrência de sentença condenatória irrecorrível. A reforma da Parte Geral (lei n° 7.209, de 11. jul.84) suprimiu tal restrição, estabelecendo que *"a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"* (art. 2°, par. ún. CP). Pouco depois, a Constituição da República também adotaria uma fórmula incondicional (*"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"* – art. 5°, inc. XL). Como também no processo de execução existe um "réu"[54], não cabe mais qualquer dúvida quanto ao fato de que, no direito penal brasileiro, a lei penal posterior benigna sempre terá retroatividade para beneficiar mesmo aquele definitivamente condenado: não só nos óbvios casos da *abolitio criminis* e da nova pena menos rigorosa, mas também quando de superveniente criação ou ampliação de justificativa, de causa de exculpação, das chamadas condições objetivas de punibilidades, de redução do prazo prescricional[55], de qualquer alteração favorável na disciplina legal de causa extintiva da punibilidade, de regimes ou progressões executório-penais, de excarceração etc.[56] A vigência dessa norma constitucional encerra o debate acerca da pretensão de retroatividade das leis penais que impõem medidas de segurança e análogas, pois o argumento de que elas não se baseiam na culpabilidade do autor não lhes tira o caráter de pena[57]: tratar-se-ia de um estratagema para violar a legalidade penal.

[52] Sobre a história deste princípio,Taipa de Carvalho, Américo A., *Sucessão de leis penais*, p. 37 ss.

[53] Sobre seu alcance, Vasalli, Giuliano, em RIDPP, 1983, p. 367.

[54] Castilho, Ela Wiecko V. de, Controle da Legalidade na Execução Penal, P. Alegre, 1988, ed. Fabris; Zenkner Schimidt, Andrei, A crise de legalidade na execução penal, em Carvalho, Salo (org.) Crítica à Execução Penal, Rio, 2002, ed. L. Juris, pp. 45 ss.

[55] Cf.Cobo del Rosal, Manuel, em *Comentarios*, t. I, p. 109; com fundamentos poucos convincentes sustenta o contrário Fletcher, George P., *Conceptos básicos*, p. 31; Eser, Albin – Burkhardt, Björn, p. 64.

[56] Cf. Aníbal Bruno, I, p. 269.

[57] Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. Atlas, v. 1, p. 62.

2. Pode ocorrer que duas ou mais leis penais, versando sobre a mesma matéria regulada pela lei penal anterior ao fato, sobrevenham durante o processo ou durante a execução da pena, ou mesmo depois da execução. As questões que tais hipóteses colocam são, em primeiro lugar, a dos critérios comparativos para o reconhecimento da lei mais benigna, e, em segundo lugar, a da possibilidade ou não de articularem-se componentes de duas leis distintas para aplicação conjunta. A primeira das questões deve ser resolvida renunciando-se a qualquer critério apriorístico em favor do exame individualizado do caso concreto. A complexidade dos elementos passíveis de serem levados em consideração, bem como seus reflexos diretos ou indiretos na economia do delito ou em suas repercussões penais, produzindo benefícios para o réu, sugerem um método hipotético de ensaio e erro, através do qual, formuladas e cotejadas as variantes possíveis, optar-se-ia pela solução menos gravosa para o réu. O resultado dessa operação, que revela a *lex mitior*, deve representar uma redução, quantitativa ou qualitativa, na intervenção punitiva concreta: menos pena, se idênticas aquelas concorrentes, ou pena menos grave, se distintas; condições de prova menos onerosas, em casos de suspensão condicional, ou mesmo prazo menor; regime executório-penal menos rígido etc. A segunda das questões, que versa sobre a possibilidade de combinação de leis, é muito polemizada no Brasil. Considerável número de autores se opunha à articulação de componentes de duas leis distintas para aplicação conjunta[58], sob o argumento, tradicional na doutrina europeia[59], de que dessa forma se estaria aplicando uma lei inexistente, argumento que por vezes foi prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal[60]. Contudo, a fórmula irrestrita mediante a qual a lei dispõe acerca da retroatividade da *lex mitior* fora dos casos de *abolitio criminis* (*"de qualquer modo"* – art. 2°, par. ún. CP), bem como a natureza imperativa da cláusula constitucional (art. 5°, inc. XL CR) gradativamente sensibilizaram a doutrina e a jurisprudência nacionais. No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por exemplo, generalizou-se o entendimento de ser "perfeitamente possível a combinação das regras mais benignas da lei nova e da lei velha"[61], "desde que, *de qualquer modo*, favoreça o agente"[62],

[58] Assim, Nélson Hungria (Comentários, v. 1, p. 121, opondo-se à "formação de *lex tertia*") e Heleno Fragoso (Lições, PG, p. 107). Tempera o critério Garcia, Basileu, Instituições de Direito Penal, S. Paulo, 4° ed., ed. M. Limonad, v. I, p. 148. Admitem a combinação de leis Bitencourt, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal, PG, S. Paulo, 1999, ed. RT, p. 143; Mayrink da Costa, Álvaro, Direito Penal, Rio, 1991, ed. Forense, v. I, t. I, p. 354; considera-a "a orientação mais avançada" Dotti, René Ariel, Curso de Direito Penal, Rio, 2001, ed. Forense, p. 271.

[59] Cf. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Comentarios*, p. 32; Roque de Brito Alves, p. 239.

[60] HC n° 68.416-RJ, 2ª T., rel. Min. Brossard, citando expressamente o magistério de Manzini (RTJ 142/546).

[61] J. Cunha Camargo, Julgados TACrimSP 58/313.

[62] J. Silva Pinto, BMJTACrimSP 30/14.

considerando que "não haverá aplicação da lei mais benigna se em algum ponto a lei aplicada for mais prejudicial ao acusado"[63], chegando ao ponto de aplicar, quando do concurso de duas leis sobre drogas (as leis n° 5.726/71 e n° 6.368/76), a pena de multa de uma e a pena privativa de liberdade de outra[64]. Parece que a única objeção lógica oponível à combinação de leis, que outorgaria consistência ao argumento tradicional da aplicação de lei inexistente, residiria na fissura de dispositivos legais incindíveis, organicamente unitários, preocupando-se a Corte Suprema com que sejam "separáveis as partes das normas em conflito"[65] e a doutrina com a aplicação do "preceito por inteiro"[66]. Ressalvada, portanto, a hipótese em que a aplicação complementar dos textos legais concorrentes no tempo implique desvirtuar algum dos dispositivos operados, pela abusiva subtração de cláusula que condicionaria sua eficácia (quando, sim, poder-se-ia falar de uma lei inexistente), cabe admitir no direito brasileiro a combinação de leis no procedimento para reconhecer a lei mais benigna. Mesmo admitida a combinação de leis, nem sempre é possível estabelecer com clareza qual seja a solução mais favorável para o réu. Sustenta-se que não se deva consultá-lo, porquanto a aplicação de uma lei não pode depender da vontade de um cidadão. Este argumento é válido, em tese, para os casos em que não haja dúvida sobre qual é a *lex mitior*; naqueles casos nos quais, em concreto, haja divergência logicamente fundamentada sobre qual seria a solução mais benigna, a opção do réu pode constituir uma questão de fato condicionadora da conclusão jurídica, motivo pelo qual não convém excluí-la[67].

3. Cabe por fim registrar que o concurso de leis penais no tempo se estabelece a partir da *efetiva vigência* de cada uma delas, e não a partir de sua promulgação. Se uma lei penal é promulgada com prazo de vacância de seis meses, e um mês depois de sua promulgação outra lei penal for promulgada, com vigência imediata, a primeira será lei posterior com relação à segunda, apesar do mero cotejo de números e datas sugerir o contrário. Um texto legal em plena *vacatio legis* não concorre com uma lei vigente. Apesar disso, pode o juiz buscar na lei com vigência futura elementos de interpretação que obviem uma intervenção punitiva sujeita a previsível modificação; se as discussões parlamentares pertinentes à elaboração da lei fornecem material interpretativo valioso, com maior razão o fornecerá seu produto final ainda não vigente. Observa-se

[63] J. Adalberto Spagnuolo, RT 509/393.

[64] J. Geraldo Gomes, Julgados TACrimSP 50/392.

[65] STF, ministro Marco Aurélio, HC n° 69.033-5.

[66] Mestieri, João, Manual de Direito Penal, Rio, 1999, ed. Forense, p. 73.

[67] Afirmando não haver qualquer impedimento de que "seja o réu ouvido a respeito", Jesus, Damásio E. de, Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. Saraiva, v. I, p. 93. Também Basileu Garcia, op. cit., v. I, p. 149.

uma saudável tendência no sentido da *antecipação judicial de vigência* de dispositivos mais benignos integrantes de leis ainda em período de *vacatio*, como se deu logo após a reforma de 1984 quanto à imposição de medida de segurança a imputável[68] ou na ampliação do conceito de *crime de menor potencial ofensivo* após a lei nº 10.259, de 12.jul.01. Tal tendência se explica pela prevalência do valor político do princípio da legalidade por sobre o valor lógico-procedimental da vigência das leis.

4. O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra seu fundamento na natureza da lei penal. Se esta prevê apenas situações excepcionais, a sucessão de leis que altera a intervenção do estado na esfera de bens jurídicos do autor denota uma mudança na apreciação do conflito. Se as agências políticas passaram a considerar contra-indicada uma ingerência dessa magnitude – ou de outra qualquer – não tem sentido que o juiz a habilite só porque era considerada razoável no momento em que o autor cometeu o fato. Por outro lado, o princípio republicano de governo exige a racionalidade da ação do estado e esta é afetada quando, pela mera circunstância de que um indivíduo tenha cometido o mesmo ato com anterioridade a outro, seja tratado com mais rigor. A segurança jurídica impede a reversão do princípio, mas requer também que ele seja estritamente cumprido na parte onde não o afeta.

5. Uma exceção ao princípio da retroatividade benigna estaria aberta pelas *leis penais temporárias* (aquelas que expressamente delimitam o marco temporal de sua vigência) e pelas *leis penais excepcionais* (aquelas editadas em circunstâncias de calamidade pública ou comoção social, tais como situações de enchentes, terremotos, epidemias, crises de abastecimento etc.), as quais seriam aplicadas aos fatos praticados durante sua vigência mesmo após o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que as determinaram (art. 3° CP). O fundamento usual para o reconhecimento de tal exceção está na constatação de que, devido aos trâmites do processo penal, que supõem uma sucessão encadeada de atos procedimentais, tais leis jamais seriam na prática aplicadas, se não dispusessem de ultratividade[69]; um argumento mais elaborado pretende incluir o tempo do cometimento do delito no respectivo tipo legal, legitimando assim a ultratividade[70]. Cabe desde logo refutar o fundamento usual: constitui logicamente uma petição de princípio postular que se imponha a punição só porque, caso contrário, não

[68] J. Adauto Suannes, TACrimSP, RT 595/370; Silva Franco, Alberto, Retroatividade penal benéfica, RT 589/285.

[69] Frederico Marques, José, Tratado de Direito Penal, S. Paulo, 1964, ed. Saraiva, v. I, p. 219; Magalhães Noronha, Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva, v. 1, p. 78; Hungria, Comentários, cit., v. I, p. 135.

[70] Cf. Mestieri, Manual, p. 74.

seria ela imposta. Por outro lado, salvo particularidades temporais típicas (como, por exemplo, no furto *noturno*), a preexistência de lei criminalizadora é a própria condição política impostergável da criminalização, e está presente em todo e qualquer delito: o argumento de vinculá-la aos delitos previstos nas leis penais temporárias ou excepcionais poderia ser expandido para toda e qualquer lei penal, com afronta ao princípio da retroatividade benéfica. A fórmula imperativa e incondicional mediante a qual a Constituição consagrou o princípio (art. 5°, inc. XL CR) questiona duramente a exceção aberta pela lei (art. 3° CP), e a doutrina brasileira começou, após 1988 – houve quem o fizesse ainda na regência da Constituição de 1946[71] – a caminhar na direção de compreender que também as leis penais temporárias e excepcionais não dispõem de ultratividade em desfavor do réu[72]. Corresponderá ao legislador, perante situação calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual. Cabe, pois, entender que o artigo 3° do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República.

6. Tal entendimento repercutirá na controvertida questão da retroatividade de complementos da lei penal em branco, por vezes negada com amparo em sua natureza excepcional ou temporária, particularmente nos delitos contra a economia popular que impliquem violação de tabelas de preços de gêneros alimentícios estabelecidas pela administração pública em quadros econômicos inflacionários. As diversas soluções propostas para manter a ultratividade de tais normas – afirmando a preservação da "figura abstrata" do delito[73], ou da "valoração jurídica do fato"[74], ou do "núcleo essencial da proibição"[75], ou ainda distinguindo se a alteração provém de lei ou de ato administrativo[76] – não podem prevalecer perante o caráter imperativo e incondicional da garantia constitucional da retroatividade benéfica. No fundo, aquelas soluções reeditam a petição de princípio anteriormente assinalada, e propõem que os fatos anteriores à alteração da norma penal em branco sejam punidos apenas porque, caso contrário, não o seriam.

[71] Augusto Thompson, Lei penal em branco, cit., pp. 255 ss.

[72] Luisi, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, P. Alegre, 1991, ed. Fabris, p. 23; Costa Jr., Paulo José da, Comentários ao Código Penal, S. Paulo, 1986, ed. Saraiva, v. 1, p. 9. Para situação similar na Argentina (conflito com o texto constitucional), cf. De Luca, Javier Augusto, *Leyes penales mas benignas*, p. 12.

[73] Soler, Sebastián *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, ed. Tip.Arg., v. I, p. 193.

[74] Fragoso, Lições, PG, p. 106.

[75] Doval Pais, Antonio, *Posibilidades y Límites*, p. 165.

[76] Pierangeli, José Henrique, A norma penal em branco e sua validade temporal, em RJTJSP 85/27.

7. A aplicação concreta do princípio da reserva legal postula a determinação temporal do cometimento do delito, para que se possa reconhecer a existência de *lei anterior* a ele, bem como promover a retroatividade de *lei(s) posterior(es)* mais benigna(s). Surge assim a questão do *tempo do crime*. Aparentemente simples quando se olha para os crimes praticados mediante um só ato (*unissubsistentes*), e portanto com procedimento executivo infracionável, ou para os crimes comissivos de mera atividade ou ainda para os crimes omissivos próprios – de vez que, em tais hipóteses, só se apresenta uma única referência objetivo-temporal, que é o momento da ação ou da omissão – tal questão se complica nos crimes comissivos, dolosos ou culposos, de resultado e nos crimes omissivos impróprios, já que então se passa a dispor de pelo menos duas referências objetivo-temporais: *o momento da ação ou da omissão* (que pode delongar-se nas etapas do *iter criminis*, quanto aos comissivos dolosos, e no período em que perdura a inação do garantidor, quanto aos omissivos impróprios) e o *momento do resultado*. As coisas se complicam ainda mais nos chamados *crimes permanentes*, cuja consumação se protrái no tempo, conferindo ao delito uma duração temporal. Entre os critérios disponíveis, nossa legislação optou claramente pela referência objetivo-temporal da ação ou da omissão, descartando expressamente o resultado. "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado" (art. 4º CP). Como tanto a ação quanto a omissão podem prorrogar-se no tempo, admitindo pois um termo inicial e um termo final, levanta-se o problema de qual deles tomar em consideração. Ao contrário do entendimento predominante entre autores europeus[77], recomenda-se privilegiar o termo inicial da ação ou da omissão, uma vez que a aplicação de lei mais gravosa que entrasse em vigor entre o termo inicial e o termo final da ação ou omissão implicaria incidir ela sobre a parte da conduta já realizada, consubstanciando retroatividade *in pejus* constitucionalmente inadmissível. Tal linha levaria a referir, nos crimes permanentes, o *tempus comissi delicti* à execução e não à consumação protraída[78].

8. Descartada a possibilidade de aplicar retroativamente qualquer lei que se qualifique de *interpretativa*, pois não passaria de ser um fácil recurso para violentar o princípio[79], constitui um sério problema de legalidade o alcance da expressão "*lei penal*" quando se discute o limite da proibição de retroatividade e se procura *subtrair dele a lei processual penal*. Uma corrente processualística sustenta que, salvo em matéria de competência (excluída expressamente em função do chamado *juiz natural*, historicamente vincado como juiz preconstituido, com reconhecimento constitucional – art. 5º, inc. LIII e XXXVII CR), não existe retroatividade *in pejus* na aplicação de uma lei processual posterior ao cometimento do crime, porque o momento a levar-se em consideração é o do ato processual e não o da ação ou omissão delituosa[80]. De algum modo essa tese se baseia na teoria das normas, segundo a qual as leis penais estariam destinadas aos particulares e as leis processuais aos juízes, funcionários e auxiliares. Tal distinção não é admissível no âmbito punitivo[81]. Além dessa ponderação, existem dois argumentos constitucionais que neutralizam aquela tese: **a)** Um processo penal tem uma conclusão binária (*pena* ou *não pena*) e se, no momento do fato que se está julgando, as disposições processuais induziam a uma *não pena*, é porque não existia cominação penal em concreto a respeito da pessoa comprometida. Não havia ameaça penal, porquanto não se pode ameaçar ninguém com alguma coisa que não pode ser realizada[82]. Toda coerção processual penal é punitiva e a negação dessa sua natureza constitui uma perigosa confusão entre os planos normativo e fático, com o penoso efeito de ocultar a realidade e permitir a violação ilimitada do princípio de presunção da inocência. **b)** O segundo argumento é exegético e histórico. Com a explicável exceção das cartas ditadas em 1937 e 1967, todos os textos constitucionais brasileiros se valeram de uma fórmula sintética que mencionava a *forma* processual prevista em lei anterior: assim a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824 (art. 179, inc. XI – "Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta"), a Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 1891 (art. 72, § 15 – "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada"), a Constituição de 1934 (art. 113, item 26 – "Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ella prescripta") e a Constituição de 1946 (art. 141, § 27 – "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior"). Conquanto

---

[77] Assim a jurisprudência germânica (Schönke-Schröder, 1970, § 12, 12); Bettiol, p. 133; Antolisei, p. 80.

[78] Critério preconizado por Rampioni, Roberto, *Contributo alla Teoria del Reato Permanente*, Pádua, 1988, ed. CEDAM, p. 113. Para o crime continuado, prevalece na jurisprudência brasileira o princípio de que a lei nova mais gravosa "tem aplicação sobre toda a série criminosa" (STJ, 5ª T., ministro Edson Vidigal, REsp nº 109.888-RS). É também a opinião predominante na doutrina (cf. Lopes, Jair Leonardo, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT, p. 99). Cf. a Súmula STF nº 711.

[79] Sobre elas, Conte, Philippe – Maistre de Chambon, Patrick, p. 86.

[80] Assim, Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, p. 148; Trechsel, Stefan, p. 46; em sentido contrário, Cadoppi, A. *et alii*, *Introduzione al sistema penale*, v. I, p. 175; Morillas Cueva, Lorenzo, p. 86. Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, Rio, 1961, ed. Forense, v. I, p. 48) afirma que "a invocação da lei mais branda é critério inadmissível em matéria de conflito de normas processuais penais no tempo".

[81] Cf. *supra* § 9.

[82] É inexplicável que se chegue a outra consequência, quando se reconhece que a legalidade penal reclama a processual e é pressuposto da independência judicial e do juiz natural (cf. Naucke, Wolfang, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 545).

essa fórmula sintética, sesquicentenária, tenha se esparzido na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em diversos incisos do artigo 5º, na explicitação particularizada de seu conteúdo múltiplo (incs. XXXIX, XL, LIII, XXXVII e LIV), não há um só elemento nas atas da Assembleia Nacional Constituinte que sugira qualquer renúncia ao legado de tal tradição constitucional; pelo contrário, o próprio esforço de explicitação revela o interesse em preservá-lo e aperfeiçoá-lo. Esse dado histórico auxilia o intérprete a não descartar, desde logo, a proposta de que a expressão "lei penal" (art. 5º, inc. XL CR) possa abranger também a lei processual penal. De outro lado, a origem britânica da fórmula (a Carta Magna)[83] suscitou dúvidas acerca de seu alcance, podendo depreender-se que se trata da consagração da legalidade processual[84] e não da penal (impossível de acontecer em um sistema de *common law*) e que em nossa Constituição seria francamente admissível pelo § 2º do artigo 5º; dessa forma, a tese que nega incondicionalmente a ultratividade da lei processual penal mais benigna não se sustenta nem exegética nem historicamente.

9. Quanto às leis de execução penal ou de direito penal executivo, existe também uma corrente que sustenta a tese de que o princípio da *lex favorabilior* é limitado pelo da *lex aptior*, isto é, pela lei *mais adequada para a ressocialização*[85]. Essa restrição à legalidade, que também tem origem na teoria das normas e de seus supostos destinatários, deve ser refutada com argumentos racionais e de direito positivo. **a)** Se a execução penal se traduz em uma limitação de direitos, ela não pode ficar fora da legalidade, por ser a própria punição ou sua manifestação mais importante. É hoje inadmissível a concepção da execução penal como "especial relação de poder" que se exerceria desreguladamente, ao sabor e orientação de objetivos e finalidades conjunturais[86]. O *nulla poena sine lege* abarca a lei penal executiva, porquanto ninguém pode duvidar de que uma lei dessa natureza, que admita mais antecipadamente a excarceração, seja mais benigna que uma outra que a retarde e, por conseguinte, dê lugar a um exercício de poder punitivo de menor entidade, que forma parte da cominação que deve ser anterior ao cometimento do delito e que era a única que podia conhecer o agente naquele momento, que é a essência histórica da legalidade, circunstância que impõe sua aplicação retroativa. Na verdade,

[83] Sobre a origem inglesa da legalidade processual, Hurtado Pozo, José, *Droit pénal*, p. 75.

[84] Por outra parte, da legalidade processual constitucional deriva-se a inadmissibilidade do *male captus bene detentus* e de toda pretensão de aproveitar análogas ilegalidades processuais (sobre isso, Fierro, Guillermo, *La ley penal y el derecho internacional*, p. 657; Murphy, John-Dumont, Jon-Michael, em *Frestskrift till Jacob W. F. Sundberg*, Estocolmo, 1993, p. 173).

[85] Assim, Luder, Italo, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, p. 13; do mesmo, em LL, 132, 1968, p. 1.258 ss.; Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, p. 10.

[86] A tal concepção opõe-se Ela Wiecko de Castilho, op. cit., p. 24.

toda punição é deteriorante (por seu inevitável efeito estigmatizante) e, sobretudo, o é a prisonização: torna-se inadmissível que o grau de deterioração que implica o poder punitivo possa ser ordenado por uma lei *ex-post facto*, sob o argumento de que é *aptior* para uma *ressocialização* entendida como recurso ideológico para ocultar o fenômeno da deterioração. **b)** Se a lei que favorece "de qualquer modo" o réu aplica-se "aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado" (art. 2º, par. ún. CP), nenhuma restrição pode ser imposta à retroatividade de lei que altere favoravelmente qualquer aspecto da execução penal. Acrescente-se que a Lei de Execução Penal consagrou o princípio da legalidade no âmbito disciplinar, onde ocorre a maior parte das violações e dos abusos, estabelecendo não apenas que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar" (art. 45), como também que o poder disciplinar será exercido "pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares" (art. 47).

VI. Leis anômalas, descriminalizantes e mais benignas

1. As chamadas *leis de anistia* são leis anômalas descriminalizantes. A etimologia de *anistia* alude a *esquecimento*. Costuma-se dizer que essas leis *apagam* o delito. Na realidade, trata-se de leis que o descriminalizam, mesmo de modo anômalo, porque dão lugar a uma descriminalização temporária, extraordinária ou excepcional: seriam o reverso das leis penais temporárias ou excepcionais. Por se tratar de uma lei descriminalizante, ela deve sê-lo em sentido material e formal, ou seja, promulgada pelo Congresso Nacional, porque só a autoridade com poder para criminalizar é capaz de formalmente descriminalizar[87]. Por isso, nossa Constituição estabelece expressamente que a concessão de anistia, inscrita na competência da União Federal (art. 21, inc. XVII CR), constitui atribuição do Congresso Nacional (art. 48, inc. VIII CR). Distingue-se a *anistia* da *graça* e do *indulto* (ambos, apesar de omisso quanto à primeira o texto constitucional, de atribuição do presidente da República – art. 84, inc. XII CR) não apenas porque tanto a *graça* (individualizadamente) quanto o *indulto* (individual ou coletivamente) incidem tão-somente sobre a condenação, extinguindo ou reduzindo a pena aplicada, mas também por sua característica de generalidade[88]. Tal requisito de generalidade responde à exclusão da personalização da lei que, no entanto, não o perderá na hipótese de abarcar, em virtude de características objetivas, grupos

[87] Com apoio na teoria das normas, afirma-se que a anistia só interfere sobre o preceito secundário (Zagrebelsky, Gustavo, *Amnistia, Indulto e Grazia*, Milão, 1974, ed. Giuffrè, pp. 68 ss).

[88] A tal característica se refere Millan, Alberto S., *Amnistía Penal*, B. Aires, 1958, ed. Ab. Perrot, p. 38.

individualizados de pessoas, caso em se trataria de leis descriminalizantes com sujeito qualificado ou tipos de anistia *próprios*.

2. Embora historicamente as leis de anistia se refiram a delitos políticos e conexos, nada obsta a que possam também compreender delitos comuns. A condenação massiva de pessoas da mesma extração social, faixa etária e etnia, por certos delitos comuns, em determinadas conjunturas econômicas, pode ganhar, como numa espécie de *salto qualitativo*, caráter político real, capaz de legitimamente motivar uma lei de anistia. A Constituição veda a concessão de graça e de anistia para os crimes de tortura, tráfico de drogas ilícitas, terrorismo e para aqueles que o legislador ordinário vem gradativamente incluindo na polêmica classe dos chamados "crimes hediondos" (art. 5°, inc. XLIII CR). Na recente história brasileira, encontramos a anistia concedida pela lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979. Embora destinada aparentemente à anistia de crimes políticos, crimes a estes conexos e crimes eleitorais, na verdade serviu ela para que aqueles que torturaram e mataram os integrantes da resistência democrática se vissem anistiados[89]. A cláusula constitucional acima transcrita, que veda a concessão de anistia para o crime de tortura, revela que aquela lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988, razão pela qual os torturadores do regime militar estariam expostos à responsabilidade penal por seus delitos. A tardia criminalização específica da tortura entre nós (lei n° 9.455, de 7.abr.97), tanto quanto a tradicional indiferença do poder punitivo perante seus próprios crimes, impediu que isso ocorresse.

3. Por se tratar de uma lei descriminalizante, a anistia pode ser promulgada antes, durante e depois do processo e da sentença condenatória. De sua natureza deduzem-se seus efeitos: **a)** ela extingue o próprio crime, e não apenas a punibilidade do agente, como poderia pretender-se a partir de sua inclusão no elenco das causas de extinção da punibilidade (art. 107, inc. II CP), abrangendo portanto coautores, instigadores e cúmplices; **b)** se estiver em curso a ação penal, faltar-lhe-á imediatamente justa causa, porquanto não pode subsistir pretensão punitiva referida a um fato que perdeu sua tipicidade; **c)** se houver sentença condenatória, a anistia paralisará a execução da pena e todos os seus efeitos, com exceção da responsabilidade civil *ex delicto*, que subsistirá; **d)** não pode o beneficiário recusar a anistia, por tratar-se de uma descriminalização que produz efeitos *erga omnes, e de pleno direito*[90]; **e)** à parte a duvidosa constitucionalidade da reincidência, não pode para tal fim ser considerado o

[89] Cf. Batista, Nilo, Aspectos jurídico-penais da anistia, em Temas de Direito Penal, Rio, 1984, ed. L. Juris, pp. 75 ss.

[90] Aceitam a renúncia à anistia, em virtude do princípio da inocência, Romano, Mario – Grasso, Giovanni – Padovani, Tullio *Commentario sistematico*, p. 36. Entre nós, admite a renúncia apenas nos casos de *anistia condicionada* (pelo não-implemento das condições) Saraiva de Moraes, Railda, O Poder de Graça, Rio, 1979, ed. Forense, p. 24.

delito anistiado; **f)** da mesma forma, o delito anistiado não pode ser considerado para qualquer efeito que restrinja ou condicione um benefício no âmbito penal (por exemplo, o prazo do livramento condicional).

VII. A retroatividade da jurisprudência

1. Os tribunais não são fonte de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento. Por outro lado, excetuados aqueles casos em que o Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle concentrado, declara formalmente a inconstitucionalidade de uma lei, a autonomia de critério dos juízes não pode ser limitada legalmente no restante sistema de controle difuso de constitucionalidade, motivo pelo qual toda pretensão de *jurisprudência obrigatória* é inconstitucional[91], o que não deve ser confundido com qualquer mecanismo que tenda a proporcionar certa unidade de critério jurisprudencial por meras razões de economia processual. A autonomia de critério dos juízes (independência interna) não é afetada quando estes decidem de acordo com os critérios de instâncias superiores (ou de seu próprio tribunal) dos quais não compartilham – ressalvando ou não sua própria opinião[92] –, sempre que isso não lhes crie um conflito de consciência nem o considerem uma violação constitucional. Não tem sentido que, afora esses casos, o juiz se distancie do critério absolutamente dominante para manifestar a toda hora seu voto vencido ou para que a instância superior modifique reiteradamente suas decisões, a não ser que esteja tentando mudar o critério de tal instância. Essa é a prática que levou a Corte Suprema a editar as "súmulas da jurisprudência predominante", adotadas mais tarde por outros tribunais.

2. Não obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição da retroatividade detrimentosa:

[91] Arce, Enrique – Díaz Cantón, Fernando, em NDP, A/1996, p. 189 ss.; García Vitor, Enrique, em CDJP, n° 7, 1997, p. 639 ss.; do mesmo, *Planteos penales*, p. 123; Núñez, Ricardo C., *La ley única fuente del derecho penal argentino*, p. 70; sobre jurisprudência obrigatória em diferentes países, Streck, Lênio Luiz, Súmulas, cit. As sentenças plenárias se consagram no art. 124 da Constituição cubana (cf. Quirós Pírez, Renén, *Introducción*, p. 138). Sobre súmulas, Rosas, Roberto, Direito Sumular, S. Paulo, 1995, ed. Malheiros; Costa Lima, Jesus, Comentários às Súmulas do STJ, Brasília, 1997-1999, ed. Brasília Jurídica (4 vols.).

[92] A propósito, afirmou o ministro Sepúlveda Pertence: "A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário, trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência – sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos – a convicção vencida tem muitas vezes de ceder ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução" (STF, 1ª T., HC n° 82.490-1).

não é admissível que se apene a quem não poderia conhecer a proibição[93]. Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do "proibível") em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível[94].

3. Quando, no caso inverso, a jurisprudência massivamente muda de critério e considera atípica uma ação que até esse momento qualificara como típica (ou quando julga simples o delito que até então considerara qualificado, ou justificado o que considerara antijurídico etc.) provoca um escândalo político, pois duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida, só porque uma delas foi julgada antes. Elementares razões de equidade, assim como o artigo 5° da Constituição impõem que se tome aquela primeira condenação como uma sentença contraposta ao texto expresso da lei penal reinterpretada, viabilizando sua revisão (art. 621, inc. I CPP).

4. Com respeito à jurisprudência constitucional o problema é diverso: quando uma decisão da Corte Suprema declarar inconstitucional uma lei, não é admissível que depois reverta seu critério regressivamente. Em virtude de óbvias razões de segurança jurídica, o tribunal de controle de constitucionalidade não pode decidir regressivamente sobre suas próprias decisões, porque as garantias se realizam de modo progressivo, não sendo, portanto, admissível o regresso após ter sido alcançado um nível mais avançado. Se a adição de direitos num sistema jurídico tem caráter irreversível quando é legal, não pode deixar de tê-lo quando a jurisprudência constitucional exerce sua competência revogatória, pois neste caso estaria promovendo um retrocesso desestabilizador[95]. Assim como a ciência dificilmente pode retroceder intencionalmente para aquém do saber acumulado, tampouco o sistema moral pode perder um nível de consciência moral coletivamente alcançado[96].

[93] Tavares, Juarez, em ADPCP, 1987, p. 767; Sanguiné, Odone, em Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, Rio, 1992, p. 465; Cury Urzúa, Enrique, p. 216; sobre retroatividade da jurisprudência constitucional, Carbonell Mateu, Juan Carlos, p. 149; rechaçam a retroatividade da jurisprudência constitucional mais gravosa Cobo – Vives, p. 184.

[94] Cf. Bacigalupo, Enrique, em *El derecho penal hoy, Hom. al Prof. David Baigún*, p. 150 ss.

[95] Bidart Campos, Germán, *Tratado*, t. IV, p. 579; do mesmo, *Casos*, p. 27; López, Lucio V., *Curso*, p. 117; De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, p. 100; González, Florentino, *Lecciones*, p. 32 ss.; Estrada, José Manuel, *Curso*, p. 181.

[96] Habermas, Jurgen, *La reconstrucción del materialismo histórico*, p. 294.

§11. Princípios limitadores que excluem violações ou disfuncionalidades grosseiras com os direitos humanos

I. *Princípio da lesividade*

1. A livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas pela Constituição da República (art. 5° incs. IV, VI, VIII, IX e X) propõem – não apenas ao poder criminalizante primário e secundário, mas também à ingerência coativa do estado em geral – graves restrições, com importantes consequências no campo do direito penal. Suas principais consequências podem ser sintetizadas em que: **a)** o estado não pode estabelecer uma moral; **b)** em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; **c)** as penas não podem recair sobre ações que exprimam o exercício dessa liberdade.

2. **a)** O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. **b)** Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certeira afirmação de que *o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade*, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral[97]. Os textos acima referidos de nossa Constituição revelam que ela optou por esse modelo de estado e de direito. **c)** Como consequência do anterior, as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção pelo estado moral (e o consequente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem

[97] A distinção entre moral e direito é obra do Iluminismo, e se reflete no texto de Feuerbach; em especial,o tradutor alemão de Beccaria (Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*; Kössig, Karl Gottlob, *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*, pp. 39, 41, 121 e 162), atentamente estudado e citado por Feuerbach em sua *Revision*).

necessite para a respectiva auto-realização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência).

3. Já foi dito que "o papel da potestade social se reduz a proteger direitos"[98]. Com isso se consagra o conceito *personalista* do direito, é dizer, que este deve servir à pessoa e não a qualquer mito que a transcenda[99]. Por certo tal proteção não se realiza mediante o poder punitivo; no entanto, é indiscutível que pretender aplicar penas quando não existe um direito ferido não só afeta o direito do apenado como também o dos demais cidadãos, ao transformar o modelo de estado: uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece. Tratar-se-ia de um ato em confronto com o modelo de estado de direito pelo qual optou a Constituição. O respeito à integridade moral dos presos, assegurado pela Constituição (art. 5°, inc. XLIX), fundado nas mesmas garantias constitucionais de autonomia moral mencionadas ao início do presente tópico, das quais o condenado não está despojado (art. 3° LEP), não podendo, por exemplo, ver-se obrigado a participar de atividade religiosa (art. 24, § 2° LEP), exclui todo e qualquer caráter expiatório da prisonização. A expiação constitui um ato moral íntimo da pessoa, cuja imposição externa é impossível; por mais brutal que seja o sofrimento externamente infligido, depende exclusivamente da consciência do condenado assumi-lo ou não como expiação.

4. No direito penal essa opção constitucional se traduz no *princípio da lesividade*, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo. Tal princípio é quase sempre aceito em nível discursivo, mesmo que o próprio discurso o desvirtue ao abrir múltiplas possibilidades para racionalizar sua neutralização[100]. Para elaborar esse princípio no direito penal, o conceito de *bem jurídico* é essencial, embora habitualmente se proceda logo a uma indevida equiparação entre *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo* e *bem jurídico tutelado*, identificando duas noções substancialmente diferentes, pois nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico: a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico. A afirmação de que isso implica uma tutela corre por conta da agência política criminalizante, mas sua verificação não pode ser feita através da lei, mas sim na própria realidade social: o direito penal só manifesta a criminalização primária e a pretensão discursiva tutelar daquela agência; a sociologia é que verifica (como falsa ou verdadeira) a tutela. Por outro lado, é muito difícil sustentar uma tutela do bem ofendido, porque é obvio que no homicídio não se tutela com a pena a vida da vítima, senão que, pelo menos, a tese *tutelar* deveria admitir que não se trata da vida concreta, senão de uma ideia abstrata de vida[101]. Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de *bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo*; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela[102], o que instiga à criminalização sem lacunas. Como a ofensividade passa a segundo plano, ofuscada pela pretensa tutela[103], e como a tutela não se verifica (senão que só se afirma dedutivamente), acaba se debilitando a própria ideia de bem jurídico, para cair na minimização do conceito e terminar afirmando que a função do direito penal se reduz a garantir a validade das expectativas normativas[104]. Por trás disto fica um único bem jurídico, que é a vontade do estado. Além disso, a intervenção tutelar de um ente pode ser anterior e independente de qualquer dano ou risco efetivos, subordinada apenas à intensidade que o operador queira conceder à prevenção em seu discurso: a via da tutela é sempre a via da inquisição. Ao enganar-se (por mera dedução) sobre a eficácia preventiva da pena, o discurso permite racionalizar a punição de riscos muito distantes e hipotéticos (perigos abstratos, remotos etc.), bem como viabilizar intervenções bastante desproporcionadas com o dano (inventa-se uma necessidade tutelar enorme, embora a afetação do bem jurídico seja insignificante), além de até mesmo criar bens jurídicos inexistentes, porque a ideia de *bem jurídico tutelado* tende a *espiritualizá-lo* para desembocar em um único *bem tutelado*, que é a vontade do estado (de polícia), porquanto este acaba sendo o único juiz da premência e do vigor da ilusória tutela.

[98] Estrada, José Manuel, *Curso*, p. 180.

[99] Sobre personalismo e transpersonalismo jurídico, Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, p. 157.

[100] A respeito do debate sobre ofensividade, desvalor de ação e de resultado, Würtenberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, p. 50; Krauss, Detlef, em ZStW, 76, 1964, pp. 19 ss.; Rudolphi, Hans-Joachim, em *Fest. F. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 51 ss.; Seiler, Robert, em *Fest. F. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 75 ss.

[101] Sobre isso, Kargl, Walter, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 53 ss.

[102] Kaysser, Marijon, em *La insostenible situación del derecho penal*, p. 162; Staechelin, Gregor, *¿Es compatible la prohibición de infraprotección con una concepción liberal del derecho penal?*, *idem*, p. 298.

[103] A função tutelar de bens jurídicos é dominante; por todos, Berdugo Gómez de la Torre *et alii*, *Lecciones*, p. 4 ss.; Wessels, Johannes – Beulke, Werner, p. 2; Gropp, Walter, *Strafrecht*, p. 38; Caraccioli, Ivo, *Manuale*, p. 6; Aníbal Bruno, I, p. 14; Fragoso, Lições, p. 2.

[104] Assim, Lesch, Heiko Hartmut, *Die Verbrechensbegriff*, p. 230 ss.

5. Por isso, convém repudiar a ideia de *bem jurídico tutelado*, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do *conceito limitador de bem jurídico afetado*, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade, que requer também uma entidade mínima de afetação (por dano ou por perigo), excluindo bagatelas ou afetações insignificantes. A presença de um bem jurídico alheio afetado permite reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução de um *outro* – o que implica na consideração da *alteridade* como pressuposto geral da intervenção penal. Neste sentido, pode-se afirmar que o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo representa o *outro* no conflito jurídico-penal, constitui o seu *signo* no recorte típico, cabendo compreender o chamado *princípio da insignificância*, que exclui a tipicidade nos casos de ínfimas e irrisórias afetações do bem jurídico, como defecção da alteridade[105].

6. Hoje em dia pretende-se, por diversas vias, neutralizar o conceito de bem jurídico, atribuindo-lhe uma utilidade relativa. Tal pretensão se insere na tendência inaugurada pelo hegelianismo penal, que praticamente reduziu todos os bens jurídicos a um só: o estado. Sempre que se pensou em suprimir ou minimizar o conceito de bem jurídico, não se fez outra coisa senão mantê-lo mudando seu conteúdo, porque se trata de um requerimento lógico (é a expressão da teleologia legal no âmbito penal). O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado. Quando se pretendeu reduzir o delito a uma simples infração ao dever[106], o bem jurídico não poderia ser outra coisa senão a vontade do estado; quando se minimiza o bem jurídico e se intenta imputar com base em papéis, a lesão se desloca para o papel designado ou assumido[107] etc. Nenhuma teoria pode prescindir do bem jurídico: o máximo que consegue é minimizar ou suprimir a relevância do bem jurídico do sujeito passivo, em concreto, o que só legitima e agrava o confisco da vítima. A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado *perigo abstrato* e além disso, na *sociedade de risco*[108] da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios[109]. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade[110], o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida[111], mediante o uso perverso dos *interesses difusos*[112] e dos delitos de *perigo comum*[113]. Por isso, para preservar o princípio do *alterum non laedere* de Aristóteles e Ulpiano[114], é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso[115].

7. Todo programa liberal de limitação do poder punitivo tratou sempre de assentar-se na lesividade. Não divergem muito os limites assinalados por esta via ao longo de duzentos anos. Humbolt escrevia, em 1792: *o estado, para garantir a segurança dos cidadãos, deve proibir ou restringir todas aquelas ações que se referem de maneira imediata só à quem as realiza, das quais se derive uma lesão aos direitos dos outros, isto é, que atingem sua liberdade ou sua propriedade sem seu consentimento ou contra ele, ou das que haja que temê-las provavelmente; probabilidade na qual haverá que tomar em consideração a dimensão do dano que se quer causar e a importância da limitação da liberdade produzida por uma lei proibitiva. Qualquer restrição da liberdade privada que for mais além ou que se imponha por outros motivos diferentes sai dos limites da ação do estado*[116]. Dois séculos mais tarde, Nino assinalava haver ao menos quatro classes de danos a terceiros que não podem computar-se como justificativa para interferir na autonomia de um indivíduo: **a**) o que é insignificante comparado com a centralidade que tem a ação para o plano de vida do agente, **b**) o que se produz não diretamente pela ação em questão, senão pela interposição de outra ação voluntária, **c**) o que se produz graças à intolerância do

---

105 Neste sentido, Batista, Nilo, Introdução Crítica, p. 91. Sobre insignificância, cf. Vico Mañas, Carlos, O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, S. Paulo, 1994, ed. Saraiva; Ribeiro Lopes, Maurício Antônio, Princípio da Insignificância no Direito Penal, S. Paulo, 1997, ed. RT; Cornejo, Abel, *Teoría de la Insignificancia*, B. Aires, 1997, ed. Ad-Hoc.

106 V. a crítica a Binding, por conceber o delito como desobediência, em Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, p. 37.

107 V. a crítica de Juarez Tavares (Teoria do Injusto Penal, B. Horizonte, 2002, ed. Del Rey, pp. 194 ss) à visão funcionalista de bem jurídico.

108 Cf. Hassemer, Winfried, em *Nuevo Foro Penal*, nº 51, 1991, p. 17 ss.; o *direito penal do risco* flexibiliza os conteúdos tradicionais do direito penal, e ajusta-se às exigências do mercado político, cf. Herzog, Félix, em *Nuevo Foro Penal*, nº 53, 1991, p. 303 ss.

109 Cf. Angioni, Francesco, em *Bene Giuridico e riforma della parte speciale*, p. 72; sobre este adiantamento através de delitos de mera detenção, Nestler, Cornelius, *La insostenible situación del derecho penal*, p. 77 ss.

110 Cf. Parodi Giusino, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 113.

111 Esquece que só se começou a falar de delinquentes quando antes se falou de vítimas Moreno Hernández, Moisés, em *Teorías actuales en el derecho penal*, p. 355

112 Cf. Sgubbi, Filippo, em *La Questione Criminale*, nº 3, 1975, p. 439 ss.

113 Sobre isso, Parodi Giusino, Manfredi, p. 245.

114 Cf. Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, p. 37.

115 Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, p. 477.

116 Von Humboldt, Wilhelm, *Los límites de la acción del estado*, p.122.

estado, e d) o que se produz pela própria interferência do estado[117]. Não foi raro que os ataques antiliberais nazistas contra o conceito material de delito se concentrassem sobre a explicação deste como lesão a um bem jurídico[118], limite ao qual não chegaram o positivismo nem o fascismo, que não negavam a ofensividade[119].

II. Princípio da proporcionalidade mínima

1. A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima[120] ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito[121]. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena[122], as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado[123]. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*[124]. Com esse princípio[125] não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo[126] e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou[127].

2. Tudo isso implica hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito criminalizado[128], não sendo possível, por exemplo, tolerar que as ofensas à propriedade recebam pena maior que aquelas causadas à vida, como ocorre na legislação penal brasileira[129]. Da mesma forma, a majoração de penas cominadas a ofensas paragonáveis pela interferência de circunstância qualificadora idêntica não pode ser diferente; tal questão foi levantada a propósito da diferença de efeitos penais do concurso de duas ou mais pessoas no roubo (majoração de um terço até a metade – art. 157, § 2°, inc. II CP) e no furto (majoração do dobro – art. 155, § 4°, inc. IV CP), tendo o Tribunal majorado em apenas um terço a pena de um furto qualificado pelo concurso de pessoas[130]. As teorias preventivas da pena induzem ao desconhecimento desse princípio porque as agências políticas, invocando indemonstráveis efeitos preventivos, atribuem a si mesmas a faculdade de estabelecer penas de modo arbitrário, ignorando qualquer hierarquia dos bens jurídicos afetados[131]. Esta é mais uma das formas em que *a falsa (ou não-comprovada) ideia de bem jurídico tutelado ou protegido (baseada em qualquer teoria preventiva da pena) neutraliza o efeito limitativo ou regulador do conceito de bem jurídico afetado.*

3. A hipótese inversa, na qual surge um irracional privilégio em certas cominações penais, no sentido de minimizar uma ofensa completamente equiparável a outra mais gravemente apenada, também se faz presente nas leis penais. O médico que, no exercício de sua profissão, emite um falso atestado submete-se à pena de detenção de um mês a um ano (art. 302 CP), enquanto que a falsidade ideológica de documento particular é punida com reclusão de um a três anos (art. 299 CP); cabe entender que todo atestado falso emitido privadamente por qualquer profissional nos limites de sua competência não pode

---

117 Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 307. A respeito, pode ver-se também a interessante limitação da criminalização primária que ensaia Díez Ripollés, José Luis, em *Teorías actuales en el derecho penal*, p. 444 ss.

118 Cf. Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, p. 177.

119 Cf. A. Valenti, em Cadoppi, A. e outros, I, p. 242.

120 Cf. Seguí, Ernesto, *Límites al poder punitivo*, p. 17; Paliero, Carlo Enrico, *Minima non curat praetor*; também Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*.

121 *Proibição de excesso* ou *proporcionalidade em sentido amplo das penas* o chamam Cobo del Rosal, Manuel – Vives Antón, Tomás S., p. 69.

122 É claro que o princípio da proporcionalidade rege também para as chamadas "medidas" (cf. Romano, Mario – Grasso, Giovanni – Padovani, Tullio, *Commentario sistematico*, p. 207).

123 Cuerda Arnau, María Luisa, em *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, p. 452, decompõe o princípio em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

124 Sobre este princípio, Vásquez, Roberto, *La racionalidad de la pena*, p. 39; Ribeiro Lopes, Maurício Antônio, Teoria Constitucional do Direito Penal, cit., pp. 421 ss..

125 Alguns autores atribuem sua origem à Revolução Francesa e a Beccaria (Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et alii*, p. 47); outros consideram que surge como limite ao poder de polícia no direito administrativo (Cobo-Vives, p. 75; sobre isso, Mayer, Otto *Derecho administrativo alemán*, t. II, p. 31); para outros surge do conceito de dignidade humana com a teologia renascentista (Beristain, Antonio, *La pena-retribución*, p. 31 ss.).

126 É interessante lembrar que da identidade de males entre delito e pena deduzia a condição de proporcionalidade Dorado Montero, Pedro (*El derecho protector de los criminales*, pp. 24-25).

127 Na verdade, a pena desproporcionada transcende o injusto para castigar outra coisa; cf. Torío López, Angel, em *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, p. 286.

128 Neste sentido, destaca matematicamente a irracionalidade relativa de escalas penais vigentes Vásquez, Roberto, *La racionalidad de la pena*.

129 Cf. Streck, Lênio Luiz, Tribunal do Júri, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv., p. 39.

130 Para o acórdão e o parecer, Bueno de Carvalho, Amilton – Carvalho, Salo de, Aplicação da Pena e Garantismo, Rio, 2002, ed. L. Juris, pp. 117 ss.

131 O princípio proposto por Ferrajoli, Luigi (*Diritto e ragione*, p. 331), segundo o qual a pena jamais deve superar a violência informal que, em sua ausência, sofreria o réu pela parte ofendida, se não considerar-se complementar, também lesionaria a proporcionalidade.

acarretar-lhe pena superior à do médico (analogia *in bonam partem* corrigindo a irracionalidade do privilégio).

III. Princípio da intranscendência (transcendência mínima)

1. O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a *corrupção do sangue*[132]. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual[133] e não pode transcender a pessoa do delinquente. Daí o fato de nossa Constituição prescrever que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (art. 5º, inc. XLV CR). Entretanto, essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio-reclusão, de natureza previdenciária (art. 80, lei nº 8.213, de 24.jul.91). Um efeito transcendente da prisonização – sem embargo da tímida previsão legal da visita íntima (art. 40, inc. X LEP), na prática subordinada à maior ou menor liberalidade da administração – é a privação de relações sexuais, que deixa ao cônjuge ou companheiro não-institucionalizado a opção entre abstinência ou dissolução do vínculo afetivo. Outra transcendência está no vexame da revista imposta às visitas dos presos, a pretexto de segurança.

2. É particularmente intolerável a transcendência do poder punitivo quanto à própria vítima, sempre atingida pelo confisco do conflito sem ver-se contemplada sequer com um modelo verdadeiro de solução. A trajetória da criminalização secundária pode incrementar a lesão provocada pelo delito, naqueles casos em que a vítima se vê obrigada a alegar seu alheamento ao fato, diante do risco de serem revelados publicamente dados de sua intimidade etc. À margem dessas situações de fato, bastante frequentes, não se pode tolerar que o poder punitivo e a própria lei permitam a transcendência quanto à vítima, só resguardada, em alguns delitos, pela própria iniciativa da qual passe a depender o inquérito policial e a propositura da ação penal. Mesmo nestes casos, quando se trata de criança ou adolescente, seu responsável legal é quem toma a iniciativa e não há previsão acerca do efeito da própria vontade da vítima, a não ser após atingir a maioridade. O mais elementar respeito ao princípio da transcendência mínima exige que se conceda relevo a essa vontade.

[132] V. a referência à pena aplicada aos filhos do conde Ugolino e à crítica de Dante em Carrara, Francesco, *Dante criminalista*, em *Opuscoli*, II, p. 649 ss.
[133] Quiroga, Adán, *Delito y pena*, p. 204.

IV. Princípio da humanidade

1. O princípio da racionalidade republicana se vincula ao princípio da humanidade ou de proscrição da crueldade, enfatizado na Constituição da República, que proíbe a imposição de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, al. *e*) e expressamente determina que a prática da tortura seja gravemente criminalizada (art. 5º, inc. XLIII). Em que pese tal consagração implícita e expressa na lei de hierarquia máxima, trata-se do princípio mais ignorado pelo poder criminalizante. As agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependerem somente das agências executivas, são de difícil controle.

2. Em função do princípio da humanidade, toda pena que se torna brutal em suas consequências é cruel, como aquelas geradoras de um impedimento que compromete totalmente a vida do indivíduo (morte, castração, esterilização, marcas cutâneas, amputação, intervenções neurológicas). Igualmente cruéis são as consequências jurídicas que se pretendam manter até a morte da pessoa, porquanto impõem-lhe um sinete jurídico que a converte em alguém inferior (*capitis diminutio*). Toda consequência de uma punição tem de acabar em algum momento, por longo que seja o tempo a transcorrer, mas não pode jamais ser perpétua no sentido próprio da expressão, pois implicaria admitir a existência de uma *pessoa descartável*. A proibição constitucional de penas de "caráter perpétuo" (art. 5º, inc. XLVII, al. *b* CR) deveria tolher, no âmbito do Congresso Nacional, por evidente vício de inconstitucionalidade, projetos de lei que visem aumentar o patamar máximo de trinta anos de privação de liberdade, estabelecido pelo Código Penal (art. 75) – já por si elevado, em comparação com legislações penais mais recentes. Em verdade, se tomarmos em conta que a pena privativa de liberdade só pode ser imposta a uma pessoa com no mínimo dezoito anos (arts. 228 CR e 27 CP), uma prisonização por cinquenta anos – como pretendeu um de nossos legisladores – equivale materialmente, em cotejo com a sobrevida média do brasileiro[134], a uma pena de caráter perpétuo, proscrita pela Constituição.

3. Uma pena que não é cruel em abstrato, ou melhor, em relação ao que acontece na maioria dos casos, pode porém tornar-se cruel em concreto diante de certa pessoa ou de certas circunstâncias particulares. **a)** Um desses casos

[134] Segundo a Tábua de Vida do IBGE, publicada em dezembro de 2002, a expectativa média de vida do brasileiro nascido em 2001 é de 68,9 anos.

evidentes é aquele em que a pessoa sofre um grave *castigo natural*, isto é, quando sofre as consequências do fato em si mesma. É o princípio da humanidade que subjaz à escusa absolutória segundo a qual o juiz, na hipótese de homicídio culposo, pode deixar de aplicar a pena "se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária" (art. 121, § 5° CP), como se diria, por exemplo, de um motorista imprudente que perde o controle do carro e mata o próprio filho que com ele viajava, na colisão contra uma árvore. Ainda que o texto legal, numa chave preventística, diga de tal pena ser ela *desnecessária*, em verdade seria ela *cruel*, se aplicada. **b)** Outro caso se apresenta quando a perspectiva de vida da pessoa diminui pelo fato de ter contraído uma doença ou porque as possibilidades de sobrevida tornam-se reduzidas em virtude da prisonização. Nessas circunstâncias concretas, a prisonização, ou sua perpetuidade, começa a avizinhar-se de uma pena de morte. É claro que, no direito brasileiro – ressalvado o direito penal militar em situação de guerra declarada (art. 5°, inc. XLVII, al. *a* CR) – não há possibilidade de apenar-se com a morte qualquer delito, porém é muito claro que seria aberrante apenar com a morte um furto ou um estelionato. Entretanto, o receio de nossa doutrina e jurisprudência de ultrapassar os patamares mínimos das escalas penais a conduz a não tratar adequadamente tais situações quando, a rigor, esses patamares mínimos não podem ter outro alcance senão o meramente indicativo, de vez que o princípio republicano deveria obrigar os juízes a ultrapassá-los quantas vezes fossem necessárias, naqueles casos cujas circunstâncias concretas indicassem que as penas, mesmo em seu patamar mínimo, lesam o princípio da humanidade[135].

V. Princípio da proibição de dupla punição

1. O princípio processual *ne bis in idem* e a proibição de punição dupla acham-se intimamente vinculados, mas não coincidem quanto a seu alcance: o primeiro[136] opera mesmo antes da punição, e a segunda também em casos nos

[135] Embora a melhor orientação, por ocasião da segunda fase do procedimento de determinação da pena (agravantes – atenuantes), confira "ao juiz a possibilidade de aplicar pena inferior ao limite mínimo, já que o artigo 68 não consigna nenhuma restrição" (Prado, Luiz Regis, Curso de Direito Penal, S. Paulo, 1999,ed. RT, PG, p. 380), consolidou-se, quase por um ato de fé, o entendimento oposto, representado pela Súmula STJ n° 231. Postula a "secularização" da aplicação da pena Salo de Carvalho (em Aplicação da Pena e Garantismo, cit., pp. 5 ss).

[136] Afirma-se que o primeiro antecedente remonta ao direito inglês, em 1176, embora provenha do direito civil continental, originado na Grécia e desenvolvido no Código de Justiniano (Friedland, Martin L., *Double jeopardy*, p. 5). Em geral, sobre a denominada "tríplice identidade" e seu alcance, Gárcia Albero, Ramón *"Non bis in idem"*. Em particular, acerca de sua projeção procedimental e recursal, Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales*, p. 632 ss.; Maier, Julio, em DP, ano 9, 1986, p. 415 ss.; também, *Derecho procesal penal*, p. 632 ss.

quais o primeiro não se encontra formalmente comprometido[137]. Existem pelo menos três grupos de casos hipotéticos nos quais não entra em jogo o princípio processual, em virtude de que em nenhum deles a pessoa é submetida duas vezes a um processo pelo mesmo ato.

2. A primeira hipótese de dupla punição surge quando *a administração e, às vezes, as pessoas jurídicas aplicam penas*, tratando-se de coações que não têm caráter reparador ou restitutivo nem de coerção direta, mas que, conforme os *elementos negativos do discurso penal*, não são consideradas penas. Costuma tratar-se de advertências, multas, suspensões, demissões, exonerações e inabilitações. Com frequência, elas são mais graves do que as penas da lei manifestamente punitiva e são impostas fora dos limites do direito penal, razão pela qual sua exclusão do discurso penal abre espaço para o exercício de um poder punitivo mais discricionário e que, além disso, pode somar-se ao poder punitivo manifesto, que não leva em conta privações punitivas excluídas de seu âmbito discursivo. O capitalismo industrial criou um centro de poder punitivo na fábrica, e o esforço de regulamentação do direito trabalhista, estruturado na liberdade de contrato, jamais logrou convincentemente legitimar punições originadas de uma relação obrigacional[138]. O remédio adequado é proclamar a inconstitucionalidade de toda punitividade não-manifesta.

3. Constituem o segundo grupo aqueles casos *de pessoas que sofrem lesões, doenças ou prejuízos patrimoniais por ação ou omissão dos agentes do estado durante a investigação ou repressão do delito cometido*. Tendo em vista não serem os cárceres lugares seguros, pois a prisonização aumenta as probabilidades de suicídio, homicídio, enfermidades e agressões, não são raros os casos de presos que sofrem lesões graves e gravíssimas de consequências irreversíveis. Não é incomum que em sede judicial, no continente latino-americano, se confirmem torturas, embora poucas vezes seja possível identificar seus autores. Essas e outras consequências fazem parte da punição, ou seja, constituem castigos cruéis que, conquanto de direito proibidos, são de fato infligidos por funcionários do estado, quer diretamente por ação ou omissão, quer pela própria natureza da prisão. A agência judicial deve levá-las em conta para solucionar o conflito, porquanto não pode ignorar que o proibido existiu nem confundir o que devia ter sido com o que realmente foi. Se todas essas consequências são penas proscritas, quando, em que pese a proibição, foram impostas e sofri-

[137] Cf. León Villaba, Francisco Javier de, *Acumulación de sanciones*, pp. 97 ss.; Carbonell Mateu, Juan Carlos, p. 152.

[138] Cf. Rachid Coutinho, Aldacy, Poder Punitivo Trabalhista, S. Paulo, 1999, ed. LTr.

das, nem pelo fato de proibidas deixaram de ser penas[139] executadas. Trata-se de uma efetiva dor punitiva que deve ser descontada daquela jurisdicionalmente autorizada, para evitar incorrer-se em punição dupla e consequente crueldade.

4. Cabe perguntar se nesses casos podem os juízes fixar uma pena inferior ao limite legal ou mesmo considerá-la compurgada. O princípio constitucional de humanidade da pena emerge da Constituição e dos tratados internacionais, cujas normas têm como destinatárias tanto as agências políticas quanto as judiciais. Por conseguinte, ele não pode ser violado nem nas programações abstratas da criminalização primária nem nas decisões personalizadas da criminalização secundária. A jurisdição não pode dizer o direito (*juris dicere*) dizendo o antijurídico, e as agências políticas não podem obrigar os juízes a dizer o contrário do preceituado pela Constituição. O direito de ser tratado como pessoa humana não pode ser alterado por leis aparentemente indiferentes perante essa exigência constitucional. *Os patamares mínimos das escalas possuem mero valor indicativo que deve ceder diante de imperativos constitucionais e internacionais*[140].

5. O terceiro grupo de casos de proibição dupla é bastante comum na América Latina, inclusive em nosso país. Trata-se de *pessoas que, por pertencerem a povos indígenas com culturas diferenciadas, têm seu próprio sistema de sanções e de solução de conflitos*. Quando uma dessas pessoas já tiver sido punida, segundo os ditames da cultura indígena à qual pertence[141], o estado não poderá impor-lhe uma nova pena ou, pelo menos, deverá computar a pena comunitária como parte daquela que pretendia impor-lhe, evitando assim incorrer em dupla punição. Embora inexista em nossa lei penal disposição expressa nesse sentido, o reconhecimento constitucional dos costumes e tradições dos índios (art. 231 CR) obriga a levá-los em consideração, inclusive no âmbito penal[142]; não cabe dúvida de que seu sistema de solução de conflitos é fundado nos costumes e tradições que a Constituição reconheceu e portanto legitimou.

[139] V. Zaffaroni, em *Festkrift till Jacob W.F. Sundberg*, Juristforlaget, Estocolmo, 1993, p. 469; também, *La penas crueles son penas*.

[140] Cf. Aguado Correa, Teresa *El principio de proporcionalidad*, p. 321; Doucet, Jean Paul, p. 257; Stefani, Gaston – Levasseur, Georges – Bouloc, Bernard, p. 348; o contrário se afirma a partir da prevenção geral (assim, Choclán Montalvo, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*, p. 195).

[141] Stavehagen, Rodolfo – Iturralde, Diego, *Entre la ley y la costumbre*, p. 42.

[142] A respeito, Stavenhagen, Rodolfo, em *Revista IIDH*, nº 26, San José, 1997, p. 81; Peña Jumpa, Antonio, em *Derechos culturales*, p. 96. O art. 149 da Constituição peruana reconhece-lhes funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, com o limite de não violar direitos fundamentais. Jurisprudência sobre comunidades indígenas em IIDH, *Iudicium et Vita*, nº 6, San José, 1998. O infanticídio entre os Tapirapé em Araújo Leitão, Ana Valéria N., Direitos culturais dos povos indígenas, em Santilli, Juliana (org.) Os Direitos Indígenas e a Constituição, P. Alegre, 1993, ed. Fabris, p. 237 ss.

VI. Princípio da boa-fé e *pro homine*

1. Os textos constitucionais e internacionais que consagram direitos devem ser interpretados de boa-fé e, em caso de dúvida, de acordo com a cláusula *pro homine*. Embora se trate de outra inferência do princípio republicano e da aplicação de normas do direito internacional público, a força do argumento se vê minguada pela relutância do Supremo Tribunal Federal em conceder nível constitucional às normas de tratados internacionais aos quais nosso país tenha aderido, particularmente no campo dos direitos humanos. Apesar do texto da Constituição ressalvar expressamente que os direitos e garantias individuais elencados nos incisos do artigo 5º "não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º CR), a Corte Suprema tem reagido à invocação de dispositivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos em casos concretos, mantendo-os ao nível da legislação ordinária, reduzindo assim as possibilidades de sua intervenção corretiva sobre o direito e o processo penal internos[143].

2. As contradições que subsistem, a partir da relutância da Corte Suprema em outorgar *status* constitucional (ou mesmo de mera lei posterior, e pois revogatória) aos dispositivos limitativos e garantidores dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, estarão superadas quando, numa previsível mudança em sua jurisprudência, forem convocados princípios interpretativos do direito internacional para também atuarem no direito interno. Entre eles há dois que são muito úteis e que, praticamente, podem sintetizar-se em um único princípio: da boa-fé e *pro homine*. **a)** A boa-fé se impõe como critério interpretativo de qualquer tratado em função do artigo 31 da Convenção de Viena: *Todo tratado deve ser interpretado de boa-fé, conforme o sentido corrente que tenha de ser atribuído aos termos do tratado no contexto destes e levando em conta seu objetivo e fim*. **b)** O princípio *pro homine* é próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos e estabelece que, em caso de dúvida, se decida sempre pelo sentido mais garantidor do

[143] Embora promulgada pelo dec. nº 678, de 6.nov.92, para "ser cumprida tão inteiramente como nela se contém" (art. 1º), com a ressalva sobre visitas e inspeções da Comissão (art. 2º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: **a)** apesar da previsão de duplo grau de jurisdição (art. 8º, inc. 2, al. *h*), não afetou sua violação nos casos de ações penais originárias (STJ, 6ª T., AGP nº 1.073-RJ, ministro Fernando Gonçalves; STF, 1ª T., AGRAG nº 248.761-RJ, ministro Ilmar Galvão; **b)** apesar da proscrição de prisão por dívida (art. 7º, inc. 7), nem a prisão civil do depositário infiel (STF, 2ª T., HC nº 73.044-SP, ministro Maurício Correa) nem a criminal do devedor previdenciário (STJ, 5ª T., Resp. nº 244.462-SE, ministro Felix Fischer) foram questionadas; **c)** tampouco a execução provisória da pena privativa de liberdade sobre réus que permaneceram em liberdade durante o processo e interpõem recurso especial ou extraordinário, que confrontam a presunção de inocência com a tecnicalidade do efeito meramente devolutivo e circunscrito (STF, HC nº 72.610-MG, 1ª T., ministro Celso de Mello) sofreram questionamento.

direito de que se trate. Em realidade, é uma aplicação particular do princípio da boa-fé em um ramo especializado do direito internacional.

3. O princípio da boa-fé e sua concreta aplicação (*pro homine*) impedem que o discurso penal invoque disposições da Constituição e dos tratados para violar os limites do direito penal de garantias, ou seja, a fim de que se faça um uso perverso das próprias cláusulas garantidoras. Exemplo de usos como esse são as invocações a direitos para convertê-los em bens jurídicos e impor penas inusuais ou cruéis sob pretexto de tutela.

§ 12. PRINCÍPIOS LIMITADORES DA CRIMINALIZAÇÃO QUE EMERGEM DIRETAMENTE DO ESTADO DE DIREITO

I. *A necessidade de princípios de limitação material*

1. Todos os princípios anteriormente assinalados remetem, em última instância, ao princípio republicano. Não obstante, é mister enunciar outros e aprofundar alguns já enunciados, embora pouco elaborados, os quais derivam diretamente da defesa do sistema republicano. Constitui-se um dado de elementar comprovação a existência de criminalizações que não violam gravemente nenhum dos princípios referidos, mas que redundam em um fortalecimento tão grande do estado de polícia que se torna necessário opor-lhes um princípio limitador. Trata-se de evitar a instalação do estado de polícia por causa do excesso de criminalização primária. A despeito disso, as limitações que predominam são, sobretudo, formais, o que parece justificar-se pela impossibilidade de precisar dados ônticos pré-jurídicos para os conflitos que se tornam objeto da criminalização primária.

2. Se tomarmos os principais instrumentos universais dos Direitos Humanos veremos que, tal como em nossa Constituição, estabelecem-se numerosas garantias limitadoras quanto à forma da criminalização e colocam-se barreiras contra a violência da punição; contudo, a pobreza de limites materiais quanto ao conteúdo da proibição é bem evidente. Em nossa Constituição, os dispositivos – anteriormente referidos – que garantem a autonomia moral da pessoa constituem o principal limite expresso ao poder criminalizante primário, que deve ter valor absoluto nas decisões das agências jurídicas, porquanto sua violação cancela o estado de direito e erige o escândalo da razão ao responder com uma pena a uma ação que não afeta o direito de ninguém. O claro predomínio de limites formais confirma que não existe nenhum direito penal subjetivo (ou *jus puniendi* do sujeito *estado)*, mas que se trata da contenção de um poder. Os direitos subjetivos se limitam materialmente e as dúvidas doutrinárias se produzem em torno dessas fronteiras de conteúdo e alcance: é o que acontece quando se discute acerca do direito à vida, à honra, à informação, à propriedade etc. Nunca se procede a respeito dos direitos subjetivos deixando indefinido seu conteúdo e limitando seu exercício através da forma, mas sim de um modo exatamente inverso. Sendo esta a maneira de limitar direitos, não cabe dúvida de que a outra é uma forma de limitar o poder. Daí a afirmação de que não existe

um *jus puniendi*, mas sim uma *potentia puniendi*, que é necessário conter para não cancelar todos os direitos.

3. Essa contenção limitada ao aspecto formal da criminalização é insuficiente. Sua complementação com fronteiras de conteúdo (ou materiais) é exequível se assumido o dado de realidade das características estruturais do exercício do poder punitivo e dos correspondentes princípios constitucionais. **a)** Quanto às primeiras – basicamente a seletividade criminalizante – já se viu que podem ser atenuadas, mas não eliminadas. **b)** O artigo 2° da Constituição impõe a separação de poderes do estado como essência dos pesos e contrapesos do sistema republicano de governo. **c)** O Congresso Nacional não pode sequer deliberar sobre emenda constitucional que tenda a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, § 4°, inc. IV CR), assim convertidos em *cláusulas pétreas*, nem pode delegar ao Poder Executivo poderes para legislar sobre cidadania e direitos individuais (art. 68, § 1°, inc. II CR). Sabe-se que, em razão da estrutura seletiva do poder punitivo e do descomunal poder de vigilância das agências executivas, cada criminalização primária implica um aumento do poder seletivo e de vigilância, ao mesmo tempo que fomenta o poder subterrâneo das agências integradas por funcionários do Poder Executivo. Portanto, conforme o âmbito da criminalização primária e das leis que toleram o exercício do poder punitivo subterrâneo, os direitos e garantias individuais que a Constituição tanto desejou preservar estarão mais ou menos à mercê dos supramencionados funcionários. À preservação discursiva, e pois ideológica, de tais direitos e garantias pelo texto constitucional corresponderá sua violação real, histórica, através do avanço indefinido e capilarizado da criminalização primária que habilita as intervenções punitivas concretas da criminalização secundária, numa prática que consegue ser a negação da própria teoria na qual se fundamenta.

4. Não é verdadeiro que a criminalização primária aumente o poder das agências judiciais do sistema penal; ao contrário, ela incrementa o poder de seleção e vigilância das agências executivas, inclusive seu poder punitivo subterrâneo. Este é o verdadeiro efeito de uma sucessão de atos de extensão da criminalização primária, da *nomorreia* penal, para usar a expressão cunhada por *Carrara*. Diante de tal constatação, que decorre da mais elementar observação social do exercício do poder punitivo, constitui inegavelmente função e dever das agências judiciais deter o avanço da criminalização primária descontrolada e, portanto, empenhar-se na construção de princípios de conteúdo material. Cabe reconhecer a existência de pelo menos três enunciados limitadores com os quais as agências judiciais podem opor-se às políticas.

5. O primeiro pode denominar-se *princípio de proscrição da grosseira inidoneidade do poder punitivo*. Muitos dos conflitos que se criminalizam primariamente não parecem ter solução nem modelos decisórios diferentes, porquanto em nenhuma sociedade existe uma cultura que possua fórmulas praticáveis e admissíveis para resolver todos os conflitos que se estabelecem entre as pessoas. Não há sociedade tão perfeita que tenha desenvolvido uma cultura plenamente satisfatória para a segurança dos direitos de seus integrantes. Em sociedades estáveis e homogêneas costumam existir procedimentos para solucionar conflitos de certa eficácia, tal como acontecia até o século XI europeu; no entanto, a partir dos séculos XI e XII até hoje, o poder confiscou o conflito (suprimiu a vítima), apelando para a ficção de que o conflito se dá entre o infrator e o *soberano*. A partir desse momento, o modelo deixou de ser de *solução* do conflito (porque uma das partes desapareceu) e passou a ser de simples *decisão* diante do conflito. Desde então, parece tolerar-se que qualquer conflito sem solução disponível, conforme o interesse arbitrário do poder político, seja criminalizado. Esta tendência se acentuaria nas agências políticas contemporâneas: graves conflitos sociais se criminalizam, porque desse modo cria-se a ilusão de solução e obtém-se o conseqüente rédito político. Diante da constatação desse fenômeno crescente, que contrasta com a restrita arbitrariedade criminalizante do século XIX e de boa parte do XX, limitada pela codificação, o estado de direito deve ser defendido. O discurso penal podia racionalizar a arbitrariedade novecentista, porém renunciaria à sua função limitadora se concebesse sua função como racionalização da crescente criminalização desordenada, sem embargo de que seu volume e disparidade façam da própria racionalização uma tarefa quase irrealizável.

6. Não seria desarrazoado discutir a punição de quem vende bebidas alcoólicas a menores ou a alcoólatras, mas seria irracional pretender solucionar o problema do alcoolismo mediante uma *lei seca*, ou prevenir a arteriosclerose proibindo a venda de produtos gordurosos, as rixas mediante a proibição do uso de distintivos, bandeiras etc. Praticamente, não há conduta que não se possa criminalizar sob o pretexto de evitar algum risco em uma sociedade de riscos e, por conseguinte, não haveria atividade alguma que não fosse suscetível de ser criminalizada. Quando a inidoneidade do modelo punitivo é grosseira, como nos exemplos assinalados, ou diante de problemas sociais imensos, ou ainda perante condutas que estão amplamente generalizadas, as agências judiciais não podem ficar indiferentes e renunciar à sua função de controle da responsabilidade das agências políticas. A grosseira falta de idoneidade do modelo punitivo para o tratamento do conflito criminalizado é causa de inconstitucionalidade da lei penal que o criminalizou.

7. O segundo enunciado limitador pode ser chamado *de princípio de proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização*. Perante um conflito para

o qual se acha disponível um modelo de solução, é desnecessária a criminalização, que lhe impõe um modelo decisório, mas não o soluciona. Nos casos concretos, várias hipóteses seriam discutíveis, mas haverá algumas em que a desnecessidade se torna evidente: não seria constitucional criminalizar a omissão do pagamento de um serviço público, pois o modelo de solução do conflito é outro (interrupção do serviço, execução e cobrança) e acha-se disponível. Tampouco o seria a criminalização de um sintoma de doença, quando o modelo de solução é terapêutico: neste sentido, é questionável a constitucionalidade da atual legislação concernente ao porte para uso de drogas ilícitas. A criminalização não é um modelo ao qual se possa recorrer arbitrariamente, privando as partes de soluções. O avanço do estado de polícia, por força de atos verticalizantes e à custa da paz social (soluções para os conflitos) é inadmissível.

8. O terceiro enunciado corresponde *ao princípio de limitação máxima da resposta contingente*[144]. Nos casos em que criminalizações primárias sejam editadas sem amplo debate, consulta e elaboração responsável, sob o impacto emocional de um fato notório ou em consequência de reclamos das agências publicitárias do sistema penal, ou ainda de grupos que explorem a ingenuidade ou o interesse clientelista das agências políticas, cumpre às agências jurídicas extremar o cuidado no que tange à análise e crítica limitadora do texto legal, esgotando os recursos aos princípios de contenção anteriormente referidos, quer para restringir os efeitos de qualquer excesso político, quer para declarar a inconstitucionalidade, especialmente quando se tratar de leis penais de emergência.

9. Desgraçadamente têm sido frequentes no Brasil respostas criminalizantes contingentes, elaboradas ao sabor de comoções públicas (o homicídio de uma atriz de televisão, no Rio de Janeiro, conduziu o homicídio qualificado à classe polêmica dos "crimes hediondos") ou em conexão com projetos políticos pessoais (a campanha de um ministro da Saúde sobre controle de qualidade dos medicamentos levou a uma reforma legislativa dos crimes contra a saúde pública, a partir da qual a pena mínima da comercialização irregular de um produto saneante passou a ser reclusão por dez anos; a pena mínima por homicídio simples é reclusão por seis anos).

10. É bem provável que os princípios limitadores de conteúdo do poder punitivo sejam seriamente refutados pelas agências políticas que, de modo geral, exigem submissão das jurídicas. Retornarão aqui os velhos argumentos autoritários da natureza burocrática e consequente incapacidade política das agências jurídicas[145] e da natureza não-democrática de sua designação e, em geral, todos os demais argumentos que se

[144] Baratta, Alessandro, *Principios de derecho penal mínimo*, em DP, 1987, p. 630.
[145] Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*.

utilizam para tratar de deslegitimar a função de controle de constitucionalidade em diferentes momentos e conjunturas.

II. Princípio da superioridade ética do estado

1. O estado de direito não é titular de um direito penal subjetivo, porque toda pena é uma renúncia à solução de um conflito mediante sua suspensão, levada a cabo com um alto grau de arbitrariedade. O cerne de irracionalidade do exercício desse poder verticalizador não tem outra explicação a não ser a descrição fática de um acontecimento político. Sua irracionalidade é inversamente proporcional à dificuldade de solucionar o conflito: quanto mais disponível for a solução, mais irracional será o confisco da vítima. O estado de polícia, contido pelo estado de direito, tende a enfraquecê-lo, multiplicando as intervenções punitivas desnecessárias, com desprezo pelas vítimas, esgrimindo uma suposta eficácia que nunca se verifica.

2. À medida que o estado de direito cede às pressões do estado de polícia, encapsulado em seu seio, ele perde racionalidade e enfraquece sua função de pacificador social, mas ao mesmo tempo perde nível ético, porque acentua a arbitrariedade da coação. Porém, à margem desse declínio moral relativamente frequente, o certo é que o estado perde por completo sua eticidade quando legitima formas de coação que ferem a ética de modo direto e inquestionável. O estado de direito, embora nem sempre seja ético, implica uma aspiração de eticidade, ao passo que o de polícia refuta por inteiro todo limite dessa natureza, de vez que sua única fronteira é a medida de seu poder. Por isso, o estado de polícia não tem nível ético distinto do estado explicitamente criminal, mantendo com este apenas uma diferença quantitativa, jamais qualitativa. A renúncia estatal aos limites éticos dá lugar à sua ilegitimidade e consequente carência de títulos para exigir comportamentos adequados ao direito por parte dos cidadãos. Isso acontece quando se pretende racionalizar um poder punitivo exercido aberrantemente. A perspectiva de todo estado de polícia é sempre a guerra civil.

III. Princípio do saneamento genealógico

1. No direito penal histórico acham-se múltiplas racionalizações contrárias ao princípio republicano, à ética, ao estado de direito e aos Direitos Humanos, quando não apresenta argumentos aberrantes (sexismo, racismo, discriminação e preconceitos em geral). As peculiares criminalizações primárias surgem em um dado momento histórico e são consagradas por legisladores

que participam de determinado contexto cultural e de poder: o legislador que constrói um tipo penal imagina um conflito e o define, condicionado pelas representações coletivas, pelos preconceitos, pelas valorações éticas, pelos conhecimentos científicos, pelos fatores de poder e pelas racionalizações de seu particular momento cultural. Tais condicionantes se transformam rapidamente, por efeito do dinamismo histórico, mas os tipos penais permanecem imutáveis e, além disso, são copiados por outros códigos em países que nada têm em comum com o contexto originário.

2. Em via de regra, os códigos são elaborados por penalistas e políticos que devem confrontá-los com outros e trocar recíprocas concessões, em meio a longos e complexos processos, que dão lugar a um produto final nem sempre coerente. Os tipos penais neles contidos são *degredados*, com frequência, de um código para outro, de vez que os autores da lei se nutrem do direito penal comparado. O *degredo* de tipos penais nem sempre corresponde a uma análise contextual de cada um deles, pois quase nunca se dá importância a isso, razão por que, constantemente, eles trazem consigo uma *carga ideológica originária* pouco compatível com o estado de direito. Essa carga ideológica representa *a genealogia do tipo penal*, que se pesquisa por meio da comparação (direito penal comparado) e da história (contexto de poder originário).

3. O objetivo da *investigação genealógica dos tipos penais* é descobrir os perigosos componentes daquele *degredo* para o estado de direito, bem como facilitar um depurado trabalho interpretativo dos mesmos. Em uma dogmática penal que persiga um objetivo político preciso, não basta, como primeiro passo, uma análise exegética do texto, se não for ela acompanhada do necessário rastreamento de sua genealogia, que ponha a descoberto os componentes originais de estado de polícia, que devem ser cuidadosamente neutralizados na construção.

4. As decisões políticas permeiam inegavelmente a dogmática[146], e por isso mesmo é incorreto desprezar os dados históricos reveladores da genealogia dos tipos penais. Obviamente, não se trata aqui de praticar um método histórico que produza interpretação no marco da vontade do legislador, ao estilo de Savigny[147]. Cabe acrescentar à metáfora de Radbruch, segundo a qual a lei é como um navio que parte e deixa o legislador no cais[148], que tal navio pode transportar enormes cargas explosivas, que é preciso conhecer na hora de interpretar. Se é certo, como

[146] Cf. Bustos Ramírez, Juan, em *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, p. 317 ss.

[147] É correta, neste sentido, a crítica de Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang, p. 140.

[148] G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 210.

dizia ele, que o navio não pode ir além do que sua estrutura permite, convém saber exatamente seu destino original para não somente impedir que o ultrapasse, mas também vigiar sua rota.

IV. Princípio da culpabilidade (de exclusão da imputação pela mera causação do resultado e de exigibilidade)

1. Em que pese ser contrapartida necessária e incindível do princípio da lesividade, *o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito*, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa[149]. Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*. Neste sentido, é válida a distinção entre um modelo de direito penal autoritário e outro que, na verdade, é um direito penal irracional, que imputa sem pressupor nem delito nem lei[150]. Em geral, as irracionais teses contrárias ao princípio da culpabilidade são criticadas, atribuindo-se sua origem a superstições ou sugerindo-se que a imputação pela causação de um resultado não pode ser remetida aos mistérios do destino[151].

2. No entanto, embora a exclusão do caso fortuito (imputação pela mera causação) seja um passo necessário para satisfazer o requisito do reconhecimento jurídico-penal da pessoa (e, por conseguinte, do princípio da culpabilidade e do estado de direito), não é suficiente: a imputação não pode ser absolutamente irracional, isto é, ela requer um momento mais específico, para o qual, mediante reserva legal, os dispostivos constitucionais acerca da autonomia moral da pessoa assinalam fundamento expresso. Ações proibidas não podem ser imputadas a ninguém: **a)** se não houver – pelo menos – a possibilidade de prever o resultado de sua conduta, nem tampouco **b)** quando não lhe tiver sido possível conhecer a ilicitude da mesma conduta e adequá-la ao direito nas circunstâncias concretas. Embora seja muito mais irracional pretender impor uma pena por um resultado fortuito, nem por isso deixa de apresentar inadmissível grau de irracionalidade pretender apenar por um resultado desejado ou previsto, quando o agente não pôde conhecer a proibição ou não pôde evitar a

[149] Foi precursoramente sustentado por Lardizabal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas*; sobre isso, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, p. 74; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal. El primer penalista de América Española*, p. 95.

[150] Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 99.

[151] A respeito, Jakobs, Günter, *Estudios*, p. 365 ss.

conduta. O princípio da culpabibilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito.

3. A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjunção de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima.

4. Quanto ao *primeiro aspecto do princípio da culpabilidade (exclusão da imputação de resultado fortuito)*, não é verdade que sua violação se limite a ordenamentos penais primitivos, pois ele foi violado em todas as épocas, particularmente durante totalitarismos e autoritarismos, ao vincular automaticamente um pretenso mal social ao mero pertencimento a um grupo, organização, religião, etnia, ideologia etc., e sua violação persiste de diversas maneiras na atualidade. Não se pode tampouco identificar sua observância como indicador do grau de progresso do direito penal, o que era um argumento funcional de uma sistemática conforme o critério objetivo-subjetivo, especialmente para a teoria psicológica da culpabilidade. Com a passagem a um conceito normativo e complexo de culpabilidade, no qual o critério sistemático geral passa da oposição objetividade-subjetividade para a duplicidade *Sollen-Können* (dever-poder), postula-se, também, a reprovação em função da exigibilidade e perfilam-se os dois aspectos do princípio. No entanto, independentemente da funcionalidade, não é verdade que os dados subjetivos permitam medir o grau de desenvolvimento teórico de um direito penal, nem tampouco que a imputação pelo resultado esteja vinculada às sociedades tribais, pois embora nelas a gravidade do conflito seja dimensionada pelas consequências, devido ao fato de possuir a sanção caráter reparador, ela privilegiava a satisfação da vítima acima da ideia de punição da vontade ou da negligência do autor, circunstância que se inverteria pelo surgimento de um novo conceito que revolucionou as representações morais, que é o de norma jurídico-penal. Só após o confisco da vítima a subjetividade surgiu como critério punitivo, porquanto a vítima a ser reparada desapareceu: não foi por mera coincidência que o requerimento subjetivo tenha aparecido junto à *inquisitio*. Simplesmente, o confisco da vítima, com uma norma de punição pretensamente situada mais além das partes, com a finalidade ou o pretexto de evitar a vingança e a guerra civil, aplainou o caminho para a *inquisitio*, levada a cabo por um juiz também pretensamente imparcial, porque não se põe do lado da vítima, mas sim se afilia a uma nova parcialidade, ao

integrar-se à luta contra as intenções opostas ao poder do soberano, e encarregar-se da punição de todas aquelas que considerasse lesivas ou perigosas para esse poder.

5. A violação mais grosseira ao princípio de que qualquer resultado que não corresponda a uma vontade racional de concretizar uma finalidade típica (ou que não se logre imputar conforme os requisitos próprios da tipicidade culposa) não pode ser juridicamente atrelado ao sujeito está expressa na máxima: *versanti in re illicita etiam casus imputatur*, passível de ser assim enunciada: *quem quis a causa, quis o efeito*, ou de outras maneiras. Por meio do *versari in re illicita* conceitua-se como autor *aquele que, fazendo alguma coisa não permitida, por puro acidente causa um resultado antijurídico e esse resultado não pode considerar-se causado culposamente de acordo com o direito atual*[152]. Segundo essa teoria, *o juízo de culpabilidade sobre um homicídio involuntário depende de forma direta, respectivamente: em primeiro lugar, do caráter moral da conduta causal, e desde que tal valoração seja favorável e, em segundo, de que o autor tenha empregado o cuidado devido.* Trata-se de uma formulação anacrônica, que a seu tempo obteve um singular êxito[153] mas que ainda hoje continua infiltrada em critérios jurisprudenciais e doutrinários, assim como na própria lei[154].

6. O *versari in re illicita* é a manifestação, em sede jurídico-penal, da responsabilidade objetiva que, embora deva ser questionada em qualquer ramo do saber jurídico, com mais razão deve sê-lo no âmbito do direito penal. Apesar de ninguém postular hoje a responsabilidade objetiva em matéria penal, o *versari* se infiltra nas sentenças e mesmo na doutrina[155]. Em virtude da hierarquia constitucional e internacional do princípio *nullum crimen sine culpa*, cumpre refu-

[152] Mezger, *Lehrbuch*, 1949, p. 356.

[153] Cf. Löffler, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts*, p. 141; Pereda, Julián, *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código Penal*.

[154] Cf. Pereda, Julián, em ADP, Madri, 1956, p. 213 ss.; Cerezo Mir, José, em ADP, Madri, 1962, p. 55; um dos vestígios mais notórios é a *strict liability* anglo-saxônica (cf. Banerji, Eric, em *Essays on the indian Penal Code*, p. 63 ss.; Aguda, Akinola, *Principles of Criminal Liability in Nigerian Law*, p. 117; Andenaes, Johannes, p. 192; De Wet, J.C. – Swanepoel, H.L., pp. 95-97). Observe-se a seguinte ementa: "Fuga de preso por culpa do funcionário incumbido da custódia. Embora o réu, chefe da carceragem da Delegacia, estivesse de folga no dia do fato, sua responsabilidade encontra-se caracterizada diante da forma negligente por que dirigia a repartição a seu cargo, dando causa à total insegurança que ali imperava e proporcionando as condições que possibilitaram a ocorrência da fuga em questão" (TJRJ, 4ª CCr, ACr nº 216/2000, Des. Raul Quental).

[155] Manifestações desta natureza na *reklessness* (Clarkson, C.M.V. – Keating, H.M., p. 186) e na responsabilidade vicariante ou por fato de outrem (Curzon, L.B., p. 60) do direito anglo-saxônico.

tar por completo qualquer das manifestações do *versari*. Mais adiante, iremos tratar de dois temas nos quais a velha fórmula se infiltra com mais frequência: os chamados *delitos qualificados pelo resultado* e os casos de *estados de inculpabilidade provocados pelo próprio agente*.

7. Quanto ao segundo nível do princípio de culpabilidade, isto é, o do *Können* (poder), que exige que o agente tenha podido conhecer a proibição[156] e adequar sua conduta ao direito, expressa-se sinteticamente na máxima de que *não há pena sem exigibilidade*. Este nível do princípio presssupõe um ente capaz de decidir conforme valores e regras, ou, mais sinteticamente, um ser *autodeterminável ou, o que é o mesmo, uma pessoa*. A negação desse pressuposto não é uma questão que possa ser decidida com reducionismos psicologistas ou fisicistas e muito menos ainda recorrendo a apotegmas apriorísticos destas ciências ou de alguma de suas escolas. Seu desconhecimento implica negar a base do estado de direito, porque esvasia todo o sentido do princípio democrático: a democracia só tem sentido quando se pressupõe que os seres humanos são entes capazes de decidir (a democracia sem pessoas é um absurdo; pensar em uma eleição popular convocando indivíduos determinados para votar é, de certo modo, inconcebível). O direito constitucional e o direito internacional dos Direitos Humanos – basta ler o artigo 1° da Declaração Universal, de 1948 – baseiam-se nesse pressuposto.

8. Atualmente, algumas correntes pretendem debilitar ambos os níveis do princípio. No que tange ao primeiro nível, apela-se para a supressão da ação como substrato material de todo delito, substituindo-a pela ideia de conduta punível como criação inteiramente normativa, com o que esse nível do princípio se transferiria para a imputação objetiva do resultado. Quanto ao segundo nível, pretende-se também debilitá-lo mediante a completa normativização da culpabilidade, da qual se conserva apenas o nome, para substituí-la pelas demandas da prevenção geral positiva da pena. Veremos, no momento oportuno, que a difícil solução de alguns casos não justifica a total normativização do conceito de ação nem a supressão da causalidade ou a pretensão de reduzir tudo a uma questão de limitação normativa de processos físicos. O positivismo perigosista levou a cabo o cancelamento mais coerente de ambos os níveis: para ele, a ação era a manifestação da danosidade social de um ente determinado para sua realização, e a culpabilidade viu-se substituída pela medição do grau de determinação (temibilidade ou periculosidade)[157]. Chegou-se a uma solução análoga com sua espiritualização mediante a culpabilidade de autor: a ação é um construto jurídico-

[156] Trata-se de uma possibilidade de conhecimento da proibição e não de um conhecimento efetivo, embora esta possibilidade também apresenta problemas (a respeito, Alchourrón, Carlos E. e Bulygin, Eugenio, em *Análisis Lógico y Derecho*, p. 73).

[157] Cf. *infra*, § 22.

penal, útil no sentido de definir um injusto que serve para o autor ser reprovado na razão direta do grau de genuína manifestação de personalidade inimiga do estado.

9. Enquanto, de um lado, procura-se cancelar o princípio da culpabilidade mediante sua substituição, no âmbito do injusto, pela imputação objetiva do resultado de natureza preventivista e pela presunção do dolo, através de sua redução a simples conhecimento e à radical normatização de seu conteúdo, de outro pretende-se retomar o velho argumento evolucionista do direito penal histórico, subtraindo relevância à lesividade e ao resultado da ação. Dessa forma se ignora que os dois princípios (lesividade e culpabilidade) são igualmente ordenadores de uma política constitucional de contenção e redução do poder punitivo que leva à exclusão tanto da mera causação de um resultado quanto da pura manifestação da vontade. O cancelamento de qualquer desses dois princípios implica violação do princípio da reserva legal, eis que sem o primeiro deles ninguém pode saber quando sua conduta estará proibida, e sem o segundo a punição terá como pressuposto apenas a infração moral à conduta correta, esquema no qual a ofensa ao direito alheio é preterida em favor de um idealizado ser humano "bom", oposto ao de vontade defeituosa e desleal ao estado. Tais desvios teóricos se afastam dos princípios da culpabilidade e da lesividade, reciprocamente indispensáveis para orientar uma teoria do delito no marco do estado constitucional de direito.

CAPÍTULO V

INTERDISCIPLINARIDADE CONSTRUTIVA DO DIREITO PENAL

AA.VV. Fascículos de Ciências Penais, P. Alegre, 1990, ed. Fabris, v. 3, nº 4; AA.VV., *La desaparición. Crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, especialmente, González Gartland, Carlos A., pp. 77 ss.; AA.VV., *The International Criminal Court, Observations and issues before the 1997-98 preparatory committee; and admninistrative and financial implications*, AIDP, 1997; Abregú, Martín – Courtis, Christian (orgs.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., 1997; Abreu Machado Derzi, Misabel de, Direito tributário, direito penal e tipo, São Paulo, 1988; Atas do IIº Congreso Internacional de Criminologia, Paris, 1951; Aftalión, Enrique, *Las faltas policiales, la garantía de legalidad y el formalismo jurídico*, em LL, 99-254; AIDP, Atas, Cairo, 1984; Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, 1990; Alcalá Zamora, Niceto – Levene (h), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1946; Albuquerque Mello, Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio, 1997, ed. Renovar; Altoé, Sonia, De "Menor" a Presidiário: a Trajetória Inevitável?, Rio, 1993, ed. Un. Sta. Úrsula; Alvarez Vita, Juan, *Derecho al desarrollo*, Lima, 1988; Alvarez, Agustín, *La policía. Contravenciones y penas policiales en Mendoza*, Mendoza, 1888; Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, Benos Aires, 1999; do mesmo, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshof*, em ZStW, 1999, p. 175; Angiolella, Gaetano, *Delitti e delinquenti politici*, Milão, 1903; Aragão, Luiz Tarlei de, Mãe Preta, Tristeza Branca, in Berlinck, M. Tosta (org.) Clínica do Social: Ensaios, S. Paulo, 1991, ed. Escuta; Arasse, Daniel, *La ghigliottina e l'immaginario del terrore*, Milão, 1988; Arenal, *Concepción, Estudios penitenciarios*, Madri, 1877; da mesma, Obras Completas, Madri, 1895-1905; Armijo, Gilbert, *Enfoque procesal de la ley penal juvenil*, San José, 1997; Arroyo Zapatero, Luis – Tiedemann, Klaus (orgs.), *Estudios de Derecho penal económico*, Castilla La Mancha, 1994; Astolfo di Amato, *Tratato di Diritto Penale delle'Impresa*, Pádua, 1990, ed. Cedam, 6 vols.; Ayer, A. J. (org.), *El positivismo lógico*, México, 1965; Azevedo, Jackson C. de, Reforma e Contra-reforma Penal no Brasil, Florianópolis, 1999, ed. OAB-SC; Azevedo, Noé, A socialização do direito penal e o tratamento de menores delinquentes e

abandonados, São Paulo, 1927; Badinter, Robert, *La prison republicaine*, Paris, 1992; Bandeira, Esmeraldino, Curso de Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. F. Alves; Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e critica del diritto penale*, Bolonha, 1982; do mesmo, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale, em La Questione Criminale*, Bolonha, jan.-abr. 1975, pp. 7 ss.; *Infancia y democracia*, em E. Garcia Méndez-Mary Beloff (orgs.), *Infancia, Ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Bs. As., 1998, p. 50; *Reintegración social del detenido. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización, em La pena. Garantismo y democracia*, Bogotá, 1999, p. 76; Bardelli, Niccoló, *La libertà individuale nella constituzione e nelle leggi ordinarie*, Turim, 1898; Barroso, Luís Roberto, Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; do mesmo, Interpretação e Aplicação da Constituição, S. Paulo, 1996, ed. Saraiva; Bassiouni, M. Cherif, *A Draft International Criminal Code, 1980*; do mesmo, em *Compendium of the International Association of Penal Law*, Paris, 1999, p. 72; do mesmo, *International Criminal Law, Procedural and Enforcement Mechanisms*, New York, 1999; *International Extradition, United States Law and Practice*, New York, 1983; *Visión histórica 1919-1998*, em AIDP, *ICC Ratification and national emplementing legislation*, Paris, 1999; Batista, Nilo, Notas sobre o artigo 34 do CPM, em Revista STM, Brasília, 1977, nº 3, pp. 35 ss.; do mesmo, A usura nos tempos do neoliberalismo, em DS-CDS, nº 3, pp. 215 ss.; Batista, Vera Malaguti, Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro, Rio, 1998, ed. F. Bastos; Bauer, Wilhelm, *Introducción al estudio de la historia*, Barcelona, 1957; Bayer, Osvaldo, Severino Di Giovanni, *el idealista de la violencia*, Buenos Aires, 1989; Beck, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planeta*ria, Roma, 1999; Becker, Howard S., *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1973; Beiderman, Bernardo, *Individual garantees of the prisoner during pre-judgement detention*, em Festskrift till Jacob W.F. Sundberg, Estocolmo, 1993, p. 17; Beling, Ernst von, *Derecho Procesal Penal*, Madri, 1943; Beloff, Mary Ana, *Los sistemas de responsabildad penal juvenil en América Latina*, em Garcia Méndez-Beloff (orgs.), *Infancia, Ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Bs. As., 1998, pp. 88 ss.; Bemfica, Vani, T., Crimes Hediondos e Assemelhados, Rio, 1998, ed. Forense; Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas, Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, traducida al español de la tercera edición publicada en Francia por D.L.B.*, Barcelona, 1838, I, p. 72 (*Théorie des peines et des récompenses*, Paris, 1825, I); Berenger, *De la repression pénale. De ses formes et de ses effets, Rapport fait a l'Academie des Sciences Morales et Politiques*, Paris, 1855; Bergalli, Roberto – Bustos Ramírez, Juan – Miralles, Teresa, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Bogotá, 1983; Bergamini

Miotto, Armida, Curso de Direito Penitenciário, S. Paulo, 1975, ed. Saraiva, 2 vols.; Berger, Peter – Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1986; Bernaldo de Quiróz, Constancio, *Lecciones de derecho penitenciario*, México, 1953; Bernardi, Humberto P. J., *La sustantividad del derecho penal militar*, em LL, 39, p. 1033; Bidart Campos, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, 1967; do mesmo, *Los tribunales militares y la Constitución*, Bs. As., 1985; também, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., 1988; Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1954; Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1993; Bishop, Joel Prentiss, *New Commentaries on the Criminal Law*, Chicago, 1892; Bitencourt, Cézar Roberto, Juizados especiais criminais – alternativas à pena de prisão, Porte Alegre, 1997; Blando, Oscar M., *Detención policial por averiguación de antecedentes. Estado de derecho, policía y abuso de poder*, Rosário, 1995; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, em *Bibliografía*, LL, 75-957; Boaventura de Souza Santos, Os crimes políticos e a pena de morte, RDP nº 1, p. 45 ss; Bölsche, Wilhelm, *Enst Haeckel, Ein Lebensbild, Berlim e Leipzig, s.d.*; Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Bs. As., 1989; Brandão Cavalcanti, Themístocles, Curso de Direito Administrativo, Rio, 1964, ed. F. Bastos; Bricola, Franco, La Discrezionalità nel Diritto Penale, Milão, 1965, ed. Giuffrè; Broomhall, Bruce, La CPI: *visión general y cooperación de los Estados*, em *ICC Ratification and national emplementing legislation*, Paris, 1999, pp. 45 ss.; do mesmo, *La CPI: Una guía para su implementación nacional*, em op. cit., pp. 117 ss.; Brown Weiss, Edith – Cançado Trindade, A.A. – McCaffrey, Stephen – Kiss, Alexandre – Handl, Günther – Dinah, Shelton, *Derechos Humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, San José, 1995; Bucheli Mera, Rodrigo, *Justicia Penal en el Ecuador*, Quito, 1992; Buergenthal, Thomas – Grossman, Claudio – Nikken, Pedro, *Manual internacional de Derechos humanos*, Caracas, 1990; Bulhões Carvalho,, Direito do Menor, Rio, 1977, ed. Forense; Bulmer, Martin, *The Chicago School of Sociology, Institutionalization, Diversity and the Rise of Sociological Research*, Chicago, 1986; Bulygin, Eugenio, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos, em Análisis Lógico y Derecho*, Madri, 1991, p. 622; Bunge, Carlos Octavio, *El federalismo argentino*, Buenos Aires, 1897; Burns, Tom, *Irving Goffman*, Londres-New York, 1992; Busnelli, Francesco – Scalfi, Guido, *Le pene private*, Milão, 1995; Bustillo, J.M., *El Código de Justicia Militar ante la Cámara de Diputados*, Bs. As., 1914; do mesmo, *Código de Justicia Militar para el Ejército y la Armada*, Bs. As., 1898; Bustos Ramírez, Juan, *Perspectivas de un derecho penal del niño*, em NDP, 1997/A, p. 63 ss.; Butzer, Hermann, *Inmunität in demockratischen Rechtsstaat, Verfassungsgrundlagen und Parlamentpraxis des Deutschen Bundestages*, Berlim, 1991; Caballero, José S., *Regulación de la tutela y la*

represión de los menores delincuentes en la Argentina, Buenos Aires, 1962; Cafferata Nores, José, *La excarcelación*, Córdoba-Bs.As., 1977 (2ª ed., Bs. As., 1988); do mesmo, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2000; *Cámara de Diputados de la Nación, Comisión especial de Legislación Penal y Carcelaria, Trabajos de la Comisión, Buenos Aires, 1925; Cámara de Diputados de la Nación, Legislación Penal y Carcelaria, Proyectos presentados por el Sr. Diputado Dr. Rodolfo Moreno (h)*, Bs. As., 1922; Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Derechos Humanos*, Bogotá, 1995; Campoamor, Clara, *El pensamiento vivo de Concepción Arenal*, Bs. As., 1939; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos*, em *Seminario interamericano sobre la protección de la persona en situaciones de emergencia*, Santa Cruz de la Sierra, 1995, p. 35 ss.; do mesmo, *Direitos Humanos e meio ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional*, Porto Alegre, 1993; também, Tratado de direito internacional dos direitos humanos, Porto Alegre, 1999; Canêdo Gonçalves da Silva, C. A., O Genocídio como Crime Internacional, B. Horizonte, 1999, ed. Del Rey; do mesmo, Crimes Políticos, B. Horizonte, 1993, ed. Del Rey; Cantarero, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Madri, 1988; Cappelletti, Mauro, *Juízes legisladores?*, Porto Alegre, 1993; Carneiro, Augusto Accioly, Os Penitenciários, Rio, 1930 (2ª ed.), ed. H. Velho; Carranza, Elías – Cuarezma Terán, Sergio J., *Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: diagnóstico jurídico y sociológico del sistema vigente*, Manágua, 1996; Carranza-Mora-Houed-Zaffaroni, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, 1983; Carrara, Francesco, *Inmoralità del carcere preventivo*, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1889, IV, pp. 297 ss.; também, *Carcerazione preventiva – Scomputo*, VI, pp. 245 ss.; do mesmo, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esseplificazione*, Turim, 1874; Carrillo Prieto, Ignacio, *Arcana imperii. Apuntes sobre la tortura*, México, 1987; Carvajal Palacios, Natalio, *El juicio por jurados. Antecedentes y doctrina*, Buenos Aires, 1853; Carvalho, Salo, A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio, 1996, ed. Luam; Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, 1993; Castanho de Carvalho, Luis G.G., O Processo Penal em Face da Constituição, Rio, 1998, ed. Forense; Castejón, Federico, *Proyecto de Código penal Internacional*, em *Anuario*, Madri, 1953; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Turim, 1988; Cavalieri, Alyrio, Direito do Menor, Rio, 1978, ed. F. Bastos; Cavallero, Ricardo Juan, *Acerca del derecho penal humanitario*, 1987; Cavallero, Ricardo – Hendler, Edmundo, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, 1988; Cernicchiaro, L. Vicente – Costa Jr., P. José, Direito Penal na Constituição, S. Paulo, 1990, ed.

RT; Cerqueira, Carlos Magno Nazareth – Prado, Geraldo, A Polícia diante da Infância e da Juventude: Infração e Vitimização, Rio, 1999, ed. F. Bastos; Cerqueira, Dionísio, Reminiscências da Campanha do Paraguai, Rio, 1980, ed. Bib. do Exército; Cesano, José Daniel, *Materiales para la reforma contravencional*, Córdoba, 1999; Choiseul Praslin, C.H., *La Drogue – une économie dynamisée par la répression*, Paris, 1991, ed. CNRS; Cicourel, A., *The social organization of juvenil justice*, New York, 1968; Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1984; Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Madri, 1988; Cloward, R.A.-Ohlin, L.E., *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*, New York, 1960; Cohen, A. K., *Delinquent boys: the culture of the gang*, New York, 1955; Cohen, Stanley, *Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado*, em NDP, nº1997/B, p. 562; do mesmo, Cohen, Stanley, *Visiones de control social*, trad. Elena Larrauri, Barcelona, 1988; Colautti, Carlos, *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1996; *Colección de ordenanzas de policía*, San Juan, 1871; Coll, Jorge Eduardo, *Congreso Penitenciario Nacional. Trabajos y actas*, Buenos Aires, 1914; Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios a los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977*, Genebra, 1986; Congresso de Londres, *Stato attuale della riforma penitenziaria in Europa e in America, ossia raccolta delle relazione presentate al Congresso Penitenziario di Londra*, Roma, 1874; *Consiglio Superiore della Magistratura, Il diritto penale europeo dell'economia*, Roma, 1982; Cooley, Charles Hooton, *Social Organization. A Study of the Larger Mind*, New York, 1962 (1ª ed. 1909); Coquibús, Juan Emilio, *Código de Justicia Militar*, III, Bs. As., 1957; Corre, A., *Le crime en pays créoles. Esquisse d'ethnographie criminelle*, Paris, 1899; Cortés, Enrique, *La cuestión penal*, New York, 1871; Cosacov, Gustavo – Gorenc, Klaus Dieter – Mitrani, Abraham Nedelstricher, *Duración del proceso penal en México*, México, 1983; Costa, Antônio Carlos Gomes da, De Menor a Cidadão, Brasília, s/d, ed. Min. Ação Social; Costa Jr., Paulo José – Gregori, Giorgio, Direito Penal Ecológico, S. Paulo, 1981, ed. CETESB; Cramer – Sprenger, *Malleus Maleficarum translated with an Introduction, Bibliography and Notes by the Rev. Montague Summers*, Londres, 1951; Cretella Jr., Comentários à Constituição de 1988, Rio, 1988, ed. For. Univ.; do mesmo, Direito Administrativo, S. Paulo, 1962, ed. RT; Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, 1958; Curran, Daniel J. – Renzetti, Claire, *Theories of crime*, Boston, 1994; Cury, Munir – Amaral e Silva, A.F. do- Garcia Mendez, E., *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo, 1992; Chapman, Dennis, *Lo stereotipo del criminale*, Turim, 1971; Chaves, João, *Sciência Penitenciária*, Lisboa, 1912; Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio*, Madri, 1985; Christie, Nils, *Crime control as industry, Towards Gulags Western style?*, Londres-New York, 1993;

D'Alessio, Andrés – De Paoli, Gustavo – Tamini, Adolfo, *La nueva ley de extradición y cooperación em materia penal*, em LL, 21/5/97; Dahrendorf, Ralf, *O conflito social moderno*, Rio de Janeiro, 1992; Dalla Via, Alberto R., *¿Hacia la Constitución supranacional?*, em LL, de 13.set.1996; Darcy Ribeiro, *Las Américas y la civilización*, Buenos Aires, 1985; do mesmo, *O processo civilizatório*, Petrópolis, 1987; De Benedetti, Isidoro, *Carrara di fronte alla carcerazione preventiva*, em *Facoltà di Giurisprudenza della Universitá di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milão, 1991, pp. 755 ss.; de Jesus, Damásio E., *Regras de Tóquio. Comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade*, 1993; de la Barreda Solórzano, Luis, *La tortura en México. Un análisis jurídico*, México, 1989; de la Cuesta Arzamendi, José Luis, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990; de Leo, Gaetano, *La justicia de menores*, Barcelona, 1985; Delmanto Júnior, Roberto, As Modalidade de Prisão Provisória, Rio, 2001, ed. Renovar; De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1907; De Veyga, Francisco, *Degeneración y degenerados. Miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938; Debuyst, Charles, en Debuyst-Digneffe-Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Québec, 1998, pp. 343 ss.; Delmas-Marty, Mireille, *Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financier de l'Union européenne*, Paris, 1997; da mesma, *Droit Pénal des Affaires*, Paris, 1990; também, *Le flou du Droit*, Paris, 1986; *Les grandes systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992; *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem internationalen Militärgerichtshof Nürenberg, 14, November 1945 – 1, Oktober 1946*, Nurenberg, 1947 (quatro tomos: o acordo de Londres, de 8.ago.1945 no T. I, p. 7; o Estatuto do Tribunal na p. 10; a acusação, p. 29); Dias, Mendizábel, *Derecho de Menores*, Madri, 1977, ed. Piramide; Díaz Cisneros, Cesar, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1955; Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1979; Dobranich, Horacio H., *Justicia Militar argentina*, Bs. As., 1913; Domínguez Henain, Daniel, *Ley 24.390. Prisión preventiva*, Santa Fé, 1996; Donnedieu de Vabres, H., *Les principes modernes du Droit Pénal International*, Paris, 1928; Dotti, René Ariel, Reforma Penal Brasileira, Rio, ed. Forense; do mesmo, Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; também, A incapacidade penal da pessoa jurídica, em Régis Prado, Luiz (org) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, S. Paulo, 2001, ed. RT, p. 141 ss; e ainda A Proteção Penal do Meio Ambiente, Curitiba, 1978, ed. IAP; Douglass Cassel, *Los derechos humanos y la detención preventiva*, em *Revista de Derecho Penal*, nº 13, Bogotá, 1999, p. 45; Dreher, Eduard – Lackner, Karl – Schwalm, Georg – Shölts, Joachim, *Wehrstrafgesetz Kommentar*, Munique, 1975; Duarte, José, Comentários à Lei das Contravenções Penais, Rio, ed. Forense; Du Boys, Albert, *Histoire du droit criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'a l'établissemen du*

christianisme, Paris, 1845; Duviols, Pierre, *La destrucción de las religiones antiguas durante la colonia*, México, 1977; Editorial Policial, *Reglamento de procedimientos Contravencionales (RRPF 6), Edictos policiales, análisis y disposiciones complementarias*, Buenos Aires, 1978; Ekmedjian, Miguel A., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1993; Elazar, Daniel, *Exploración al federalismo*, Barcelona, 1990; Elbert, Carlos, *La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el derecho penal alemán de menores*, em CPC, nº 19, Madri, 1983; Eusebi, Luciano, *Puó nascere dalla crisi della pena una política criminale?*, em DDDP, 3/94, pp. 83 ss.; Eymerich, Nicolau – Peña, Francisco, *Il Manuale dell'Inquisitore* a cura di Louis Sala-Molins, Roma, 2000; Fabbrini Mirabete, Julio, *Execução Penal*, São Paulo, 1987; Facchin, Luiz Edson, O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família, Coimbra, *Studia Iuridica* 48, *Colloquia* 6, p. 14; Fenech, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1952; Ferla, Salvador, *Mártires y verdugos*, Bs. As., 1960; Fernandes, Márcio Mothé, Ação Sócio-educativa Pública, Rio, 1998, ed. L. Juris; Fernández Flores, José Luis, *Del derecho de la guerra*, Madri, 1982; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madri, 1999; do mesmo, em *Ex Jugoslavia. I crimini contro l'umanitá e il tribunale internazionale della Nazioni Unite secondo la risoluzione 808 del Consiglio di Sicurezza*, Roma, 1993, p. 45; também, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma, 1997; *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho*, em NDP, 1998/A, pp. 63 ss.; Ferreira, Lobão, Direito Penal Militar, Brasília, 1975; Ferreyra, Ramón D., *Lecciones de derecho internacional*, 1861; Ferri, Enrico, *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, trad. I. Pérez Oliva, Madri, 1887; do mesmo, *Sociología Criminal*, trad. A. Soto y Hernández, Madri, s.d.; Fiandaca, Giovanni – Musco, Enzo, *Diritto Penale Tributario*, Milão, 1992; Fierro, Guillermo, *La ley penal y el derecho internacional*, Bs. As., 1997, ed. Tip. Argentina; Flora, Giovanni – Tonini, Paolo, *Nozioni di diritto penale*, Milão, 1997; Florian, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, s.d.; Fragoso, Heleno *et alii*, Direitos dos Presos, Rio, 1980, ed. Forense; do mesmo, Terrorismo e Criminalidade Política, Rio, 1981, ed. Forense; Francioni, Francesco, *Asilo Diplomatico*, Milão, 1973, ed. Giuffrè; Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, S. Paulo, 2000, ed. RT; do mesmo, Suspensão do Processo e Suspensão da Prescrição, Boletim IBCCrim 42, p. 2; Foucault, M., *Genealogía del racismo*, Madri, 1992; do mesmo, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, 1997; também, *Surveiller et punir*, Paris, 1975; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; *Historia de la locura en la época clásica*, México, 1967; *Microfísica del poder*, Madri, 1992; *Saber y verdad*, Madri, 1985; *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Madri, 1981; Franco Sodi, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1957; Frégier, F. A., *Des classes*

dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures, Bruxelas, 1840; Frehsee, G., *Wiedergutmachung statt Strafe*, em KJ, 1982, pp. 126 ss.; Furtado, Celso, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998; Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilitá civile*, Milão, 1996; Garcia de Entería, E. – Linde, E. – Ortega, L. I. – Sánchez Morán, M., *El sistema europeo de protección de derechos humanos*, Madri, 1983; do mesmo, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madri, 1982; Gama, Guilherme Calmon Nogueira da, A Família no Direito Penal, Rio, 2000, ed. Renovar; Garcia Méndez, Emilio – Beloff, Mary (orgs.), *Infancia, Ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998; García Mendez, Emilio – Carranza, Elías, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Bs. As., 1990; García Mendez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, 1994; do mesmo, *Infancia y ciudadanía en América Latina*, Buenos Aires, 1993; Garcia Ramírez, Sergio, *El art. 18 constitucional*, México, 1967; do mesmo, *La prisión*, México, 1975; Garcia Rua, Oscar Jorge, *Derecho Penal disciplinario*, em Aftalión, E. (org.), *Tratado de Derecho Penal Especial*, Bs. As., 1971, V, pp. 118 ss.; Garcia Valdéz, Carlos, *Sobre el concepto y el contenido del derecho penitenciario*, em CPC, Madri, nº 30, 1986, pp. 661-671; Garcia Vizcaíno, José, *Libertad bajo fianza*, em ED, 1981, 92, p. 931; Garcia, Luis M. – Llerena, Patricia M., *Criminalidad de empresa*, Buenos Aires, 1990; Garofalo, Rafael, *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. P. Dorado Montero, Madri, s.d.; Gavier, Ernesto, *James Goldschmidt y el derecho penal administrativo*, em *El derecho penal administrativo*, Córdoba, 1946, pp. 29 ss.; Gentili, Rafael A., *Me va a tener que acompañar*, Buenos Aires, 1995; Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madri, 1999; Gimeno Sendra, Vicente *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, em PJ, Madri, 1986; Giordani, M. C., Direito Penal Romano, Rio, 1997, ed. L. Juris; Glueck, Sheldon, *Crime and corrections: selected papers*, Harvard Law School, 1952; Goffman, Irving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Bs. As., 1974; do mesmo, *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Bs. As., 1971; também *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade desviada*, Rio, 1978; Goldschmidt, James, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlim, 1902; do mesmo, *El derecho penal administrativo*, Córdoba, 1946; Goldschmidt, Roberto, *La teoría del derecho penal administrativo y sus críticos*, em LL, 74-844; Goldschmidt, Werner, *Suma de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1961; Golschmidt-Anders, *Deslinde entre los delitos administrativos y criminales, em El derecho penal administrativo*, Córdoba, 1946, pp. 59 ss.;

Gomes, Luiz Flávio (org.) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias em Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT; Gómez Bustillo, Miguel R., *Concepción Arenal, Su vida y su obra*, Bs. As., 1981; Gómez, Eusebio, *Criminología Argentina*, Bs. As, 1913; do mesmo, *Delincuencia político social*, Bs. As., 1933; também, *La Penitenciaría Nacional de Buenos Aires*, Bs. As., 1925; Gondra, Jurisdicción Federal, Bs. As., 1944; Gonnet, Manuel V. – Palacios, Alfredo L. – Gallo, Vicente C, *Justicia Militar Argentina, Proyecto de Código redactado por los Diputados Dres. Palacios, Gonnet y Gallo*, Buenos Aires, 1914; González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Bs. As., 1931; González Gómez, Avelino José, *Derecho Internacional Humanitario*, Havana, 1990; González Vidaurri, Alicia- Gorenc, Klaus-Dieter- Sánchez Sandoval, Augusto, *Control social en México* D. F., *Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, México, 1998; González, Florentino – *de la Plaza, Victorino, Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de procedimiento criminal en las causas de que conoce la Justicia Nacional*, Bs. As., 1873; do mesmo, *El juicio por jurados. Breve noticia del origen y progresos del jurado, del modo de practicar la prueba criminal en Inglaterra y los Estados Unidos, comparado con el de otras naciones y razones a favor de esta institución*, Bs. As., 1869; também, *Lecciones de derecho constitucional*, Bs. As., 1869; González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1951; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Admnistrativo*, Parte General, Buenos Aires, 1995-2000; Graham, Richard, *Escravidão, reforma, imperialismo*, São Paulo, 1979; Granata, Luigi, *La tutela della libertà personale*, Milão, 1957; Gregori, Giorgio, *La tutela europea dei Diritti dell'uomo*, Milão, 1973; Gregory, *Projet de Code Pénal Universel*, Paris, 1832; Gros Espiell, Héctor, *Los derechos humanos y el sistema interamericano, en Vasak, Theo, Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, 1984, III, pp. 706 ss.; Gueiros Souza, A. B., As Novas Tendências do Direito Extradicional, Rio, 1998, ed. Renovar; Guerry de Champneuf, A. M., *Essai sur la statistique morale de la France*, Paris, 1833; Gui, Bernard, *Manuale dell'Inquisitore*, Milão, 1998; Gusmão, Chrysolito de, Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. Jacintho; Gutierrez Posse, Hortensia, *Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos*, em ED, 1995, 10.jul; Haeckel, Ernst, *Die Welträtzel, Gemeinveständliche Studien über monistische Philosophie*, Leipzig, 1909; também, *Storia della creazione naturale, Conferenza scientifico-popolari sulla teoria dell'evoluzione in generale e specialmente su quella di Darwin, Goethe e Lamarck*, Turim, 1892; Harris, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Madri, 1983.; Hassemer, W., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Frankfurt, 1974; Hellmer, Joachim, *Schuld und Gefährlichkeit*

im Jugendsstrafrecht, Tübingen, 1962; Hepp, Osvaldo T., *La internación de menores y los problemas sociales*, Bs. As., 1984; Herman, Arthur, *La idea de decadencia en la historia oocidental*, Barcelona, 1998; Hernández Mondragón, Mauricio, *Derecho internacional humanitario, su aplicación en Colombia*, Bogotá, 1992; Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsoge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsscutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1990; Hirsch, Hans Joachim, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal*, em *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992; do mesmo, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, em *De los delitos y de las víctimas*, pp. 58 ss.; Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bs. As., 1991; Hobsbawn, Eric, *Le rivoluzioni borghesi*, 1789-1848, Roma, 1988; do mesmo, *Il trionfo della borghesia*, 1848-1875, Roma, 1998; Howard, John, *Prisons and Lazarettos, v. 1°, The State of Prisons in England and Wales; v. 2° An account of the principal lazarettos in Europe*, New Jersey, 1973; Hubernagel, Gerhard, *Der allgemeine Teil des nichtskriminellen Strafrechts*, Breslau-Neukirch, 1935; Huggins, Martha Knisely, *From Slavery to Vagrancy in Brazil*, New York, 1985; Hugh, Thomas, La trata de esclavos, Historia del tráfico de seres humanos de 1440 a 1870, Barcelona, 1998. Ianni, Octavio, Esclavitud y capitalismo, México, 1976; Igounet, Oscar – Igounet, Oscar, *Código de Justicia Militar*, Bs. As., 1985; Ingenieros, José, *Criminología*, Madri, 1913; do mesmo, *Crónicas de Viaje (Al margen de la ciencia) 1905-1906*, em *Obras Completas*, Bs. As., 1957, V; Inikori, Joseph E., *La trata negrera del siglo XV al XIX*, Barcelona, 1981; Ithurburu, Jorge Guillermo, *Il processo sugli italiani scomparsi in Argentina: alla ricerca della giustizia "desaparecida"*, Roma, 1996; James, George B., *Gault and The Juvenile Court Revolution*, Michigan, 1968; Jardim Linhares, Marcello, Contravenções Penais, S. Paulo, 1979, ed. Saraiva; Jaulin, Robert, *El etnocidio a través de las Américas*, México, 1976; Jescheck, H.H., *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu Nürnberger Prozessen*, Bonn, 1952; Jofré, Tomás, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1923; do mesmo, *Manual de Procedimiento, Civil y Penal, Buenos Aires*, 1926; Kant, Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, em Werkausgabe*, Frankfurt a. M, 1977, t. II, pp. 195 ss. (*La paz perpetua, Ensayo filosófico*, trad. F. Rivera Pastor, Barcelona, 1919); Karpets, Igor, *Delitos de carácter internacional*, Moscou, 1983; Kirchheimer, O., *Justicia Politica*, trad. Quijano R., México, 1968, ed. Hisp.-Americana; Klautau Leão, J.B., O Crime de Genocídio no Código Penal de 1969, Belém, 1975; Klee, Hans-Joachim, *Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im Strafverfahren, Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren und zur Geschichte des Strafverfahrens*, Berlim, 1937; Krantz, Sheldon,

Corrections and Prisoner's Rights, Minnesota, 1988; Kretschmer, Ernst, *Körperbau und Charakter. Untersuchungen zum Konstitutionsproblem und zur Lehre von den Temperamenten*, Berlim, 1925; do mesmo, *Manual Théorique et pratique de psychologie médicale*, Paris, 1927; Kropotkine, Pedro, *Las prisiones, La juventud Literaria*, Barcelona-Buenos Aires, s.d.; Labanca, Luís Edmundo, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, Rio, 1991, ed. Forense; *La obra de la revolución. Reseña sintética de la labor desarrollada, 6 de setiembre de 1930-1931*, Buenos Aires, 1931; Lacassagne, A., *Actes du 1er Congrés International d'Anthropologie criminelle*, Paris, 1890; Lagujie, Joseph, *Los sistemas económicos*, Buenos Aires, 1985; Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970; Lamo de Espinosa, Emilio – Carabaña, J., *Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico*, em *Teoría sociológica contemporánea*, Madri, 1978; Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Madri, 1991; Lascano, David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941; Lauria Tucci, Rogério, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, S. Paulo, 1993, ed. Saraiva; do mesmo – Cruz e Tucci, J.R., Constituição de 1988 e Processo, S. Paulo, 1989, ed. Saraiva; Lazcano, Carlos Alberto, Derecho Internacional Privado, La Plata, 1965; Leal, João José, Crimes Hediondos, S. Paulo, 1996, ed. Atlas; Lemert, Edwin M., *Social patology*, New York, 1951; do mesmo, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milão, 1981; Lemkin, Raphael, *Le genocide*, em RIDP, 1946, pp. 371 ss.; León Villaba, Francisco Javier de, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona, 1998; Leu, Hans-Joachim, *Introduccción al derecho penal internacional penal*, Caracas, 1982; Levitt, Albert, *Proposed Code of Internacional Criminal Law*, em RIDP, 1929; Lopes Monteiro, A., Crimes Hediondos, S. Paulo, 1996, ed. Saraiva; López Barja de Quiroga, Jacobo *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madri, 1991; López de la Viesca, E., *El Delito de Genocidio*, Madri, 1999, ed. Edersa; López, Lucio V., *Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires*, 1891; Lorences, Valentín H., *Poder de policía. Edictos policiales, justicia contravencional y de faltas. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación*, Bs. As, 1997; Losano, Godofredo, *Régimen jurídico-social de la menor edad, Buenos Aires*, 1944; Löschper, Gabi – Smaus, Gerlinda, *Das Patriarchat und die Kriminologie, em Kriminologisches Journal*, 1999; Luder, Italo A., *Derecho ejecutivo penal*, em LL, t.90, pp. 879 ss.; do mesmo, *La ley penitenciaria nacional, complementaria del código penal*, em Rev. *del Inst. de Inv. y Docencia Criminológicas*, La Plata, 1958, pp. 10 ss.; também, *El sistema jurídico de la ejecución penal*, La Plata, 1959; Luisi, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, P. Alegre, 1991,ed. Fabris; M'Baye, Kéba – Ndiaye, Birame, *La Organización para la Unidad Africana*, em Vasak, Theo, cit., III, pp. 755 ss.; Maier, Julio B. J. (org.), *Delitos no*

convencionales, Bs. As., 1994; do mesmo, *La víctima y el sistema penal*, em *Jueces para la democracia*, nº 12, 1991, pp. 31 ss.; Mainard, Horacio L., *Ensayo de un derecho de guerra*, Buenos Aires, 1954; do mesmo, *Acerca del derecho de guerra y los derechos penales especiales (Contestación a una réplica)*, em LL, 79-824; Malamud Goti, Jaime, *Política criminal de la empresa*, Bs. As., 1984; Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Bs. As., 1951; Mapelli Caffarena, Borja, *La autonomía del derecho penitenciario*, em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11, 1986, pp. 453-461; Marañón, Gregorio, *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*, Madri, 1930; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1977; Marsicano, Sebastião, Um Novo-velho Delito, Juiz de Fora, 1961; Martin, Hans – Schumann, Harald, *Die Globalisierungsfalle*, Hamburgo, 1996; Martindale, Don, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos Antiguos de España*, Madri, 1885; Martínez Muñoz, Ildefonso, *Derecho militar y derecho disciplinario militar*, Buenos Aires, 1977; Martínez, Mauricio, *El estado actual de la criminología y de la política criminal, em la criminología del siglo XXI en América Latina*, Bs. As., 1999; Mathiesen, Thomas, *Prison on Trial*, Londres, 1990; do mesmo, *The politics of abolition*, Oxford, 1974; Mattes, Heinz – Mattes, Herta, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Geschichte und Rechtsvergleichung*, Berlim, 1977; Mascarenhas Prado, A. Rapassi, Proteção Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 2000, ed. Atlas; Matos, Ana Carla Harmatiuk, As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina, Rio, 2000, ed. Renovar; Mattes, Heinz, *Die Problematik der Umwaldung des Verkehrüberetretungen in Ordnungswidrigkeiten*, em ZStW, 1970, pp. 25 ss.; Matthews, Roger – Young, Jock, *Reflexiones sobre el "realismo criminológico", em Delito y Sociedad.* Revista de Ciencias Sociales, nº 3, 1993, p. 13 ss.; Matza, David, *Come si diventa devianti*, Bolonha, 1976; Mayrink da Costa, Álvaro, Crime Militar, Rio, 1978, ed. Rio; Mead, George Herbert, *Espíritu, persona y sociedad desde el punto de vista del conductismo social*, Barcelona, 1982; Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, S. Paulo, 2000, ed. Malheiros; Melloc, Alec, *La tortura, Buenos Aires*, 1960; Méndez, Juan E. – Cox, Francisco, *El futuro del sistema interamericano de Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1998; Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho penitenciario*, México, 1998; Mendoza, José Rafael, *Curso de Derecho penal Militar Venezolano*, Caracas, 1976; Mertes, Pierre, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'h*umanité, Bruxelas, 1974; Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, 1964; Messuti de Zavala, Ana, *El tiempo como pena*, Córdoba, 1989; Millán, Alberto S., *Amnistía penal*, Buenos Aires, 1958; Minkowski, Eugene, *Il tempo visuto. Fenomenologia e psicopatologia*, Turim, 1971; Mommsen, Theodor, *Le Droit Romain*, trad. J. Duquesne, Paris,

1907, ed. A. Fontemoing; Montes de Oca, M. A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1896; Montes, Jerónimo, *Derecho Penal Español*, Madri, 1917, I; Moraes, A. Bezerra R., Estudo sobre os Systemas Penitenciários, Rio, 1915 (2ª ed.), ed. Jacintho; Moreillon, Jacques, *Derecho internacional humanitario y acción del CICR en Centroamérica y el resto del mundo: una comparación*, em *Segundo Seminario Interamericano sobre seguridad del estado, derecho humanitario y derechos humanos en centroamérica*, San José, 1985, p. 88; Moreira Leite, Miriam L., O óbvio e o contraditório da Roda, em Mary del Priore (org.) História da Criança no Brasil, S. Paulo, 1991, ed. Contexto, pp. 99 ss; Morel, Edmar, A Revolta da Chibata, Rio, 1963; Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, México, 1999; Moreno, Artemio, *Niñez abandona y delincuente*, Bs. As., 1924; Mousnier, Conceição, O Ato Infracional, Rio, 1991, ed. L. Juris; Mouton, Eugenio, *El deber de castigar*, trad. J. González Alonso, Madri, s.d.; Munir Cury, Amaral e Silva e E. García Mendez (orgs.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, S. Paulo, 1992, ed. Malheiros; Muylaert Antunes, E. A. (org.), Direito Penal dos Negócios, S. Paulo, s.d, ed. AASP; Neder, Gizlene, Ajustando o Foco das Lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil, Rio, 1994, mimeo; Neuman, Elías, *Victimología*, Buenos Aires, 1994/1995; Nina Rodrigues, Raimundo, Os africanos no Brasil, São Paulo, 1933; do mesmo, As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil, Bahia, 1894; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992; Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977; Nogueira, Paulo Lúcio, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, S. Paulo, 1991, ed. Saraiva; Novelli, Giovanni, *L'autonomia del diritto penitenziario*, em *Rivista di diritto penitenziario. Studi teorici e pratici*, v. IV, 1933, I, pp. 5-56; Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, D.F., 1988; Núñez, Ricardo C., *La cuestión de los delitos y contravenciones. Su base constitucional*, Córdoba, 1985; Nuvolone, Pietro, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove exigenze giuridiche*, em *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Pádua, 1969, I, 45 ss.; Nuvolone, Pietro, *Motivo político e motivo sociale*, em *Trent'anni*, pp. 609 ss.; O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, 1988; Obarrio, Manuel, *Proyecto de Código de procedimientos en materia penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina*, Buenos Aires, 1882; Ochiogrosso Franco, *Considerazione sull'emergere di una "nuova" delinquenza minorile*, em DDDP, 2/93, pp. 91 ss.; OEA, *Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, 1969; Oehler, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, Colônia, 1983; Oliveira Sampaio, Carlos Alberto Huet de, Justiça Militar Brasileira, in Revista STM, Brasília, 1976, nº 2, pp. 65 ss.; Olmo, Rosa del, A Face Oculta da Droga, trad. T. Ottoni, Rio, 1990, ed.

Revan; da mesma, *Prohibir o Domesticar?*, Caracas, 1992, ed. N. Sociedad; e ainda, *Geopolitica de las Drogas, in Análisis, Medellin*, v. 2, nº 1, pp. 56 ss; da mesma (org.), *Drogas – El conflicto de fin de siglo, in Cuadernos Nueva Sociedad*, Caracas, 1997, ed. N. Sociedad; Oppenheim, L., *Die Zukunft des Völkerrechts*, em *Fest. f. Binding, Leipzig*, 1911; Oyhanarte, Julio, *Las inmunidades parlamentarias*, em LL, 51 p. 1066; Palazzo, Francesco, Valores constitucionais e direito penal. Um estudo comparado, Porto Alegre, 1989; Pareto, Vilfredo, *Trattato di Sociologia Generale*, Florença, 1923; também, *Extracto del Tratado de Sociología General*, Madri, 1980; Park, Robert E. – Burgess, Ernest W. – Roderick, D. McKenzie, *La città*, Milão, 1999; Parry, Adolfo E., *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, Bs. As., 1939; Parsons, Talcott, *The Social System*, New York, 1966; do mesmo, *La estructura de la acción social*, Madri, 1968; Pasquino, G. – Bartolini, S. – Cotta, M. – Morlino, L. – Panebianco, A., *Manual de ciencia política*, Madri, 1993; Pasquino, G., *La complessità della politica*, Bari, 1985; Passos de Freitas, Vladimir e Passos de Freitas, Gilberto, Crimes contra a Natureza, S. Paulo, 1995, ed. RT; Pastoureau, Michel, O Pano do Diabo, trad. L. Magalhães, Rio, 1993, ed. Zahar; Pavarini, Massimo, *Control y dominación*, México, 1983; Paz Anchorena, José M., *Curso de Derecho Penal*, Bs. As., 1940; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Concepto y problemas actuales de los derechos humanos*, em *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 1, 1993, pp. 76 ss.; Pella, V.V., *L'Association International de Droit Pénal et la protection de la pa*ix, em RIDP, 1946, pp. 185 ss.; do mesmo, *Draft for a Statute stablishing a Criminal Chamber in the Permanent Court of International Justice*, em RIDP, pp. 230 ss.; também *Plan for a World Criminal Code*, em RIDP, 1946, pp. 249 ss.; *La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho Penal del Porvenir*, Madri, 1931 (com prólogo de Quintiliano Saldaña); Pende, Nicola, *Trabajos recientes sobre endocrinología y psicología criminal*, Madri, 1932; do mesmo, *La biotipologia umana. Scienza dell'individualità*, Palermo, 1924; Peña Guzmán, G., *Los efectos del delito y el matrimonio ilegal*, em LL, 30-335; Peraza Chapeau, José, *Algunas consideraciones en torno a la denominación "derecho internacional humanitario"*, em *Derecho Internacional Humanitario, Seminario Internacional*, CICR, Guatemala, 1998, p. 30; Pereira, Tânia da Silva (org.), Estatuto da Criança e do Adolescente, Rio, 1992, ed. Renovar; Perez Carrillo, Agustín, *Derechos Humanos, Desobediencia Civil y Delitos Políticos*, México, 1991; Pérez del Valle, Carlos, *Dogmática penal y teoría de la prueba en el proceso*, em Icade, nº 42, Madri, 1997, pp. 49 ss.; Perez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madri, 1986; do mesmo, *La evolución del Estado Social y la transformación de los derechos fundamentales*, em E. Olivas (org.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madri, 1991, pp. 91 ss.; também, *Las generaciones de derechos humanos*, em Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, 1991, pp. 203 ss.; Perez, Luis Carlos – Holguin Sarria, Armando – Holguin Sarria, Alvaro, *Documentos de la extradición*, Cali, 1988; Pettinato, Roberto, *Relaciones entre el derecho penal y los sistemas penitenciarios*, em Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal, San Salvador, 1961, p. 13; Pictet, Juan, *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Genebra, 1986; Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1997; Piñero, *Norberto, Trabajos y Actas del Congreso Penitenciario Nacional*, Buenos Aires, 1914; Piombo, Horacio Daniel, *Tratado de la extradición (internacional e interna)*, Buenos Aires, 1999; do mesmo, *Extradición de nacional, Buenos Aires*, 1974; Pitch, Tamar, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milão, 1989; da mesma, *Teoría de la desviación social*, México, 1980; Platt, Anthony M., *L'invenzione della delinquenza, La definizione sociale della delnquenza minorile*, Firenze, 1975; Podval, Roberto (org.), Temas de Direito Penal Econômico, S. Paulo, 2000, ed. RT; Porte Petit, Celestino, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, 1958; Preiswerk Perrot, Dominique, *Etnocentrismo e historia*, México, 1979; Prigogine, Ilya, *El nacimiento del tiempo*, Barcelona, 1991; do mesmo, *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*, Barcelona, 1993; Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário, Rio, 1978, ed. UFRJ; Proyectos de Códigos Militares para el Ejército y Armada de la República, Bs. As., 1894; Queralt, Joan J., *El principio non bis in idem*, Madri, 1992; Quételet, Adolphe, *Recherches sur la loi de la croissance de l'homme*, 1832; do mesmo, *Du système social et des lois qui le régissent, 1848; Anthropometrie, ou mesure des différentes facultés de l'homme, 1871*; *Lettres à S.A.R. le Duc Régnant de Saxe-Cobourg et Gotha, sur la théorie des probabilités, appliquée aux sciences morales et politiques, 1846*; Quintano Ripollés, Antonio, *El delito político y la política*, em Rev. de Derecho penal, Bs. As., 1951, pp. 271 ss.; do mesmo, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Madri, 1955; Rachid Coutinho, Aldacy, Poder Punitivo Trabalhista, S. Paulo, 1999, ed. LTr; Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria?. La intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Madri, 1995; Ramos, Rodrigo Octavio Jordão, Histórico do STM, in Revista STM, Brasília, 1975, nº 1, pp. 11 ss; Reale Ferrari, E., Prescrição da Ação Penal, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; Reale Júnior, Miguel, A lei dos crimes ambientais, RF 345/121 ss; Régis Prado, Luiz, Bem Jurídico-penal e Constituição, S. Paulo, 1997, ed. RT; do mesmo, Crimes contra o meio ambiente, S. Paulo, 1998, ed. RT; *Reglamento de policía para la Provincia de Catamarca*, Catamarca, 1882; *Reglamento para la autoridades y policía de campaña, Corrientes,* 1879; *Reglamento Provisorio de la Penitenciaría*, Buenos Aires, 1877; *Reichenbach, Hans, La filosofía científica*, México, 1967; Reiss, A. J., *Delinquency and the failure of personal and social controls*, em American

Sociological Review, 16, 1951, pp. 196 ss.; Restaino, Franco – Cavarero, Adriana, *Le filosofie femministe*, Turim, 1999; Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José; Riandato, Silvio, *Competenza penale della comunità europea*, Milão, 1996; Ribeiro, Leonídio, Criminologia, Rio de Janeiro, 1957; Ribeiro Lopes, M. Antônio, Teoria Constitucional do Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. RT; Ricci, D. M., *The* Tragedy of Political Science, Politics Scholarship and Democracy, New York, 1984; Rico de Estasen, José, *El Coronel Montesinos, un español de prestigio europeo, Alcalá de Henares, 1948*; Righi, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Madri, 1991; Risso Domínguez, Carlos, *La Justicia Militar. Conceptos fundamentales*, Bs. As., 1939; do mesmo, *Ley de disciplina militar, Información sobre el proyecto presentado por el P.E. al H. Congreso de la Nación*, Buenos Aires, 1927; Ritzer, George, *Teoría sociológica contemporánea*, México, 1998; Rivacoba y Rivacoba, *Manual de, ¿Una nueva disciplina jurídica? El pretendido "Derecho de los menores"*, em Universidad, Santa Fé, 1962, pp. 259 ss.; Rivarola, Rodolfo, *La justicia en lo criminal*, Bs. As., 1899; Rivera Beiras, Iñaki – Salt, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Bs. As., 1999; Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La Construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, 1997; Rivera, Deodato (org.) Brasil-Criança-Urgente, S. Paulo, 1990, ed. Columbus; *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia*; Rodney, Walter, *De cómo Europa subdesarrolló a África*, México, 1982; Rodríguez Manazanera, Luis, *Victimología*, México, 1988; do mesmo, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, 1998; Rodríguez Nolas, Ricardo, *Historia de la tortura y el orden represivo en la Argentina*, Buenos Aires, 1984; Rodríguez Ramos, Luis, *La prisión preventiva: algo más que una medida cautelar (Comentarios a las SSTC 32 y 34/1987, de 12 de marzo)*, em LL, Madri, 1987, II, pp. 1078 ss.; Roger-Gérard Schwartzenberg, O Estado espetáculo, São Paulo, 1978; Röling, B.V., *The Nuremberg and Tokio Trials in retrospect, em Bassiouni*, M. Cherif – Nanda, Ved P., *A Treatise on International Criminal Law*, v. I, Springfield, 1978, pp. 590 ss.; Romeiro, Jorge Alberto, Curso de Direito Penal Militar, PG, S. Paulo, 1994, ed. Saraiva; Romero, Miguel, *El Parlamento*, Buenos Aires, 1902; Rosen, George, *Locura y sociedad. Sociología histórica de la enfermedad mental*, Madri, 1974, pp. 194 ss.; Roxin, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena, em De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, p. 148; do mesmo, *La posizione della vittima nel sistema penale, em L'Indice Penale*, 1989, pp. 5 ss.; Rubianes, Carlos J., *La excarcelación*, Bs. As., 1964; Ruiz Funes, Mariano, *Endocrinología y criminalidad*, Madri, 1929; Ruíz Funes, Mariano, *Evolución del delito político*, México, 1944; Russomano, Gilda, A Extradição no Direito Internacional e Brasileiro, Rio, 1973, ed. J. Konfino; Sagüés, Néstor Pedro, *El alcance de la inmunidad de opinión del artículo 60 de la Constitución Nacional*, em ED, 150, p. 323; Sagüés, Nestor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1993; Saldaña, Quintiliano, em *Adiciones a Liszt*, Tratado, I; Salillas, Rafael, *La vida penal en España*, Madri, 1888; Salillas, Rafael – Azcárate, Gumersindo de – Sánchez Moguel, Antonio, Doña *Concepción Arenal en la Ciencia jurídica, sociológica y en la literatura*, Madri, 1894; Sancinetti, Marcelo A. – Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Bs. As., 1999; Sancinetti, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988; Sánchez de Bustamante, *Droit International Public*, Paris, 1937; Sánchez Viamonte, Carlos, *La ley marcial y el estado de sitio en el derecho argentino*, Montevideo, 1931; Santos, Altamiro J., *Direito Penal do Trabalho*, S. Paulo, 1997, ed. LTr.; Sarmiento, Domingo F., *Sistema penitenciario*, em Obras Completas, Bs. As. 1953; Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, 1994; Sauloy, M. e Le Bonniec, *Y. A qui profite la cocaïne?*, Paris, 1995, ed. Calmann-Levy; Savitz, Leonard – Turner, Stanley – Dickman, Toby, *The origin of scientifica Criminology. Franz Josef Gall as the first criminologist*, em Meier, Robert F., Theory in Criminology, Londres, 1977; Sbriccoli, Mario, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle saglie della scienza penalistica moderna*, Milão, 1974; Scarance Fernandes, A., Processo Penal Constitucional; Schabas, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law, Cambridge*, 1993; Schindler, Dietrich, *El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos*, em Revista Internacional de la Cruz Roja, 1979, pp. 3 ss.; Schmidt, Eb., *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1957; Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra*, Madri, 1979; Schoetensack, August-Christians – Rudolf-Eichler, Hans, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, Berlim, 1934; com prólogo do presidente da Academia de Direito Alemão, Hans Frank, e com citação de Gürtner, ministro da justiça, em Deutsche Justiz, 1934, p. 722); Schöne, Wolfgang, *El derecho penal juvenil de la República Federal de Alemania y su reforma, em Jornadas de estudios de la legislación del menor*, Madri, 1985, pp. 212 ss.; Schurmann Pacheco, Rodolfo, *Los delitos de lesa humanidad, em Fórum internacional de direito penal comparado*, Bahia, 1989, p. 177; Schutz, Alfred, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, 1974; Sgubbi, Filippo, *Derecho penal comunitario*, em CPC, 58, 1996, p. 89 ss.; Shecaira, S. Salomão, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, S. Paulo, 1998, ed. RT; do mesmo – Corrêa Jr., Alceu, Pena e Constituição, S. Paulo, 1995, ed. RT; Sheldon W. H. – Stevens, S. S., *Les variétés du tempérament. Une psychologie des différences constitutionnelles*, Paris, 1951; Sieber, U., *À propos du code pènal type européen*, em *Revue de Droit penal et de Criminologie*, 1999, 1, pp. 4 ss.;

Silva Riestra, Juan, *El juicio oral en el procedimiento penal*, Buenos Aires, 1930; Siniscalco, Marco, *Depenalizzazione e garanzia*, Bolonha, 1983; Siracusa, N., *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milão, 1935; Sirvinskas, Luís Paulo, Tutela Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; Slaibi Fº, N., Anotações à Constituição de 1988, Rio, 1989, ed. Forense; Soares, Carlos Eugênio Líbano, A Negregada Instituição, Rio, 1999, ed. Access; Soares, Macedo, Código Penal Militar, Rio, 1920, ed. Garnier; Sodré Werneck, Nelson, História Militar do Brasil, Rio, 1968, ed. Civ. Bras.; Spencer, Herbert, *Principes de Sociologie*, trad. M.E.Cazelles, Paris, 1883; do mesmo, *El progreso*, trad. Eugenio López, Valencia, s.d.; *La justicia*, trad. Adolfo Posada, Madri, s.d.; *Etica de las prisiones*, trad. Miguel de Unamuno, Madri, s.d.; *Exceso de legislación*, trad. Miguel de Unamuno, s.d.; Spengler, Oswald, *Der Untergang des Aberlandes*, Viena, 1918; Stephen, James Fitzjames, *A history of the Criminal Law of England*, New York, 1882; Streck, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, Porto Alegre, 1999; Sutherland, Edwin H. – Cressey, Donald R., *Criminology*, New York, 1978; do primeiro *White-Collar Crime*, New York, 1949; também, *Ladrones profesionales*, Madri, 1988; Swinarski, Cristophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional para la protección de la persona humana*, San José, 1990; do mesmo, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José, 1984; do mesmo, a Norma e a Guerra, P. Alegre, 1991, ed. Fabris; Taylor, I. – Walton, P. – Young, J., *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, 1977; Thomas, Yan, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Bs. As., 1999; Thompson, Augusto, Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro, S. Paulo, 1976, ed. RT; Thot, Ladislao, *Síntesis de las ciencias penales*, em *Rev. Penal y Penitenciaria*, 1936, I, pp. 5 ss.; Tiedemann, Klaus, *Exigencias fundamnetales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo*, em *Revista Penal*, nº 3, Barcelona, 1999, p. 76 ss.; Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil comentada y concordada*, San José, 1996; Tissot, Olivier de, *Le Temps des Suspects*, Doitiers, 1979, ed. Balland; Tomás y Valiente, Francisco, *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, 1973; Topinard, P., *L'homme dans la nature*, Paris, 1891; Travers, Maurice, *Le Droit Pénal International*, B. Aires, 1957, ed. Tip. Argentina; Traverso, Giovanni B.-Verde, Alfredo, *Criminologia critica. Delinquenza e controllo sociale nel modo di produzione capitalistico*, Pádua, 1981; Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1996; Trigo Represas, Félix A., *Daños punitivos*, em *La responsabilidad. Homenaje a Prof. Dr. Isidoro Goldemberg*, A. Alterini-J.López Cabana (org.), Bs. As., 1995, pp. 283 ss.; Tuchman, G., *La producción de la noticia. Estudio

sobre la construcción de la realidad, Barcelona, 1983; Uriarte, Carlos, *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (Las penas de los jóvenes)*, Montevideo, 1999; Urraza, Estanislao de, *De las faltas y contravenciones*, em LL, 28.ago.1943; Valle Figueiredo, Lúcia, Curso de Direito Administrativo, S. Paulo, 2000, ed. Malheiros; Van Boven, Theo, *La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, em UNAM, *La protección internacional de los Derechos del Hombre*, México, 1983, pp. 405 ss.; Van den Wyngaert, Christine, *Double criminality as a requeriment to jurisdiction*, em *Studies in International Criminal Law, Skrifter fran Juridiska Fakulteten i Uppsala*, nº 27, 1989, p. 43 ss.; Varela, Luis V., *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*, Bs. As., 1876; Vejar Vazquez, Octavio, *Autonomía del derecho militar*, México, 1948; Velez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1982; Vico, C.M., *Curso de Derecho Internacional privado*, Buenos Aires, 1943; Vieira, Manuel A., *El delito en el espacio. Derecho internacional penal y penal internacional*, Montevideo, 1969; Viñas, Raúl Horacio, *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*, Bs. As., 1983; Vitale, Gustavo, *La prisión de presuntos inocentes*, em *Rev. de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales*, Univ. Nac. del Comahue, 1993, pp. 90 ss.; Vold, George B. – Bernard, Thomas J. – Snipes, Jeffrey B., *Theoretical Criminology*, New York-Oxford, 1998; Volpi, Mario (org.) O Adolescente e o Ato Infracional, S. Paulo, 1999, ed. Cortez; Walsh, Rodolfo, *Operación Masacre*, Buenos Aires, 1973; Weber, Hellmuth, *Internationale Gerichtsbarkeit*, Berlim-Bonn, 1934; Weissberg, H. F., *Policital Science: The Science of Politics*, New York, 1986; Williams, Frank – McShane, Marilyn, *Devianza e criminalità*, Bolonha, 1999; Wilson, O.M., *Digesto de la ley Parlamentaria, traducido del inglés con autorización del Senado y encargo de la Comisión de Revisión del Reglamento por A. Belin*, Buenos Aires, 1877; Wolf, Erik, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, em *Fest. f. Frank*, Tübingen, 1930, pp. 516 ss.; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madri, 1991; Young, Jock, *El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*, em *El poder punitivo del estado*, Rosário, 1993, pp. 27 ss.; Zacharias Toron, Alberto, Crimes Hediondos – O mito da repressão penal, S. Paulo, 1996, ed. RT; Zaffaroni, *Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal*, San José (ILANUD/CE), 1997; Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, 1992; Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, 1994; Zarini, Helio Juan, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1999; do mesmo, *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, 1996; Zavala Baquerizo, Jorge E., *La pena, parte especial II: Los procesos de Atenas, Jerusalen y Nüremberg*, Cuenca, 1988; Zavaleta, Arturo, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Bs. As.,

1954; Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984; Zeitlin, Irving M., *La sociología de Erving Goffman*, em *Papers. Revista de Sociología*, nº. 15, 1981, pp. 97 ss.; Zipf, Heinz, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973; Zuccherino, Ricardo M., *Los tratados de Montevideo*, La Plata, 1973; Zuppi, Alberto Luis, *La prohibición "ex post facto" y los crímenes contra la humanidad*, em ED, T. 131, p. 765.

§ 13. Interdisciplinaridade construtiva com saberes secantes não-jurídicos

I. *Necessidade da interdisciplinaridade*

1. Cada saber tem seu próprio horizonte de projeção, construído conforme certa funcionalidade, sem o qual lhe seria impossível interpretar um âmbito da realidade (paragem ôntica), pois desconheceria não só que paragem fosse essa como também o objetivo daquele que quisesse interpretá-la. Por causa – e apesar – disso, não pode evitar o contato e a superposição parcial de seu horizonte com outros saberes, sem contar com o fato de não ser tampouco capaz de tratar da paragem ôntica (de certos entes) prescindindo de determinada compreensão do ser de todos os entes, ou seja, da *ontologia* (filosofia). Esta última vinculação faz da interdisciplinaridade com a filosofia uma necessidade de todo saber; no pensamento jurídico-penal ela é tão medular que merece tratamento extenso e isolado.

2. Quando na construção de seu horizonte de projeção o saber penal entra em contacto com outros, é correto referir-se a *saberes tangentes*, e quando se superpõe a outros, a *saberes secantes*. Esses contatos e superposições não são meros pedidos de auxílio a outras disciplinas, mas sim verdadeiras hipóteses interdisciplinares de trabalho, das quais nenhum saber pode prescindir, sob pena de cair no autismo ou no preconceito. Isso atende ao fato de que o cultor de qualquer saber lida na vida cotidiana com os conhecimentos do leigo acerca de outros âmbitos da realidade alheios a seu saber e, por conseguinte, quanto a eles, é tão vulnerável ao preconceito quanto qualquer um dos demais participantes de sua cultura e sociedade. Se o conhecimento técnico a respeito desses âmbitos deparar com os preconceitos, sofrerá os mesmos problemas de redefinição que comumente acomete as pessoas, determinando idênticos mecanismos de defesa ou de retraimento. Só se pode evitar o autismo e o preconceito indo ao encontro das hipóteses de trabalho interdisciplinar, o que não implica que o respectivo saber perca seu horizonte nem sua função; apenas, torna-se interdisciplinar a construção de seu sistema de compreensão: o saber particular não é interdisciplinar, mas sim a obra do cientista.

3. Essa regra geral, aplicável a todo saber, é ainda mais importante no campo das ciências sociais, particularmente no do saber jurídico, e mais ainda na peculiar sensibilidade ao fenômeno que o direito penal apresenta, como o evidencia toda a sua trajetória ideológica. Daí ser mister tratar

pormenorizadamente dos vínculos com outros saberes, levando em conta que o direito penal pode contatar e superpor-se tanto a outros saberes jurídicos quanto a saberes não-jurídicos, cabendo lembrar a impossibilidade de ser a interdisciplinaridade tangente a saberes não-jurídicos tratada em conjunto, em face da enorme variedade de conflitos criminalizados e de suas infinitas possibilidades de realização concreta, praticamente vinculando-a a todo o saber humano.

II. Interdisciplinaridade e relações

1. Antes de caminhar na direção esboçada, vale advertir que, na doutrina, o assunto apresenta um tratamento muito complexo, em virtude de sua notória anarquia terminológica e conceitual. Uma sucessão de equívocos contribui para isto, cabendo destacar, entre eles, o uso impreciso do vocábulo *relações*. Devido a esse fato, receberam o nome de *relações* diversas reações perante dados de outros saberes: **a**) esforços apropriadores de dados de outros horizontes; **b**) refutação ou defesa diante de dados considerados invasores do campo próprio e **c**) acatamento acrítico dos dados de outras disciplinas. Em síntese: descritivamente, pode-se dizer que por *relações* costuma-se designar *vínculos de apoderamento, de defesa* ou *de subordinação* a outras disciplinas, e apenas raramente verdadeiras relações de interdisciplinaridade construtiva.

2. Uma característica especial do saber do direito penal – pouco comum no restante saber jurídico – tem sido sua acentuada tendência a inventar *ciências servis*, por ele denominadas *ciências auxiliares*. Este apoderamento subordinante de todas as disciplinas secantes deu lugar a propostas de *ciências penais* (em cujo inventário costumam ser arroladas a psicologia judicial, a criminalística, a medicina legal, a psiquiatria forense e, naturalmente, a criminologia, a história penal, a filosofia penal, a política criminal etc.). Quando se menciona tal conjunto, excluindo-se dele o próprio direito penal, é comum falar-se de *ciências auxiliares*, o que carece de sentido porque, do ponto de vista de cada uma delas, o *auxiliar* poderia ser o direito penal. Quando se opta por incorporar ao conjunto o próprio direito penal, chama-se a totalidade assim configurada de diversos nomes (*quadro das disciplinas criminológicas, enciclopédia penal, enciclopédia criminológica, ciência geral da criminalidade, ciência penal geral, ciência total do direito penal* etc.)[1].

3. A questão remonta ao século passado quando para: **a**) von Liszt, o direito penal era uma disciplina jurídica, mas seu saber não se completava sem os conheci-

[1] Sobre essas velhas denominações, Porte Petit, Celestino, *Programa*, p. 33; Thot, Ladislao, *in Revista Penal y Penitenciaria*, 1936, I, pp. 5 ss.

mentos de uma força contrária à qual devia impor limites, ou seja, a política criminal, baseada no conhecimento das causas do delito e da eficácia da pena[2]; **b**) Adolphe Prins, o direito penal era uma ciência jurídica, mas igualmente social, pois o mesmo objeto jurídico – considerado do ponto de vista da defesa social – recebia o nome de *criminologia* ou *sociologia criminal* e estava relacionado com as ciências morais e políticas, a estatística, a antropologia e a psiquiatria[3]; **c**) Ferri, a *sociologia criminal* era um conjunto que estudava o delito como fato individual e social para prover uma defesa social que podia ser preventiva ou repressiva, sendo o direito penal um ramo desta última função, junto às técnicas carcerárias e aos institutos pós-penitenciários[4]. Essa tendência desembocou na criação de pseudociências (no tocante à sua autonomia metodológica), revelando ser o critério de "auxiliaridade" resultante de lutas de poder corporativo e acadêmico, além de pobreza do próprio discurso penal, o que, em qualquer caso, enfatiza a necessidade de sua substituição pela interdisciplinaridade.

4. Um forte movimento de rechaço a toda interdisciplinaridade pretendeu *juridicizar* ou *normativizar* todos os dados dos demais saberes (*esquizofrenização* do saber jurídico-penal), sendo depurado metodologicamente pelo neokantismo e favorecendo uma arbitrária atitude de apoderamento seletivo dos dados suprareferidos. É impossível um diálogo interdisciplinar quando um saber decide apoderar-se, modificar ou refutar os dados referidos por outros saberes. A força dessa extrema normativização do direito penal é tão descomunal que aqueles que afirmam não compartilharem seus pontos de partida ainda assim seguem suas linhas. Ela constituiu uma reação ao chamado *reducionismo sociológico* do direito penal (próprio do positivismo criminológico do século passado), revitalizado posteriormente como *reducionismo fisicista* com a pretensão de uma *ciência única* ou único modelo científico, conforme os padrões das ciências naturais (*neopositivismo lógico*)[5], apesar de não ter essa etapa praticamente obtido repercussão direta no saber penal. Tanto o isolamento normativizante quanto o reducionismo de qualquer natureza impedem a interdisciplinaridade (o primeiro, por apropriar-se dos dados alheios; o segundo, por entregar-se a eles), circunstância que implica um diálogo construtivo entre saberes que respeitam reciprocamente seus âmbitos: nem se apoderam do alheio, nem abandonam seus próprios horizonte e função.

[2] *Liszt, Lehrbuch*, p.3.

[3] Prins, Adolphe, *Science Pénale*, p.1.

[4] Ferri, *Principii*, pp. 39 ss.

[5] Ayer, A. J. (org.), *El positivismo lógico*; Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*.

III. Interdisciplinaridade com a política criminal

1. A expressão *política criminal* é empregada desde o século XVIII em vários sentidos, mas com sua difusão foi perdendo conteúdo semântico. Em geral, predomina um conceito que lhe concede a função de estabelecer como devem ser configuradas a legislação e a jurisprudência, para prover uma *proteção* mais eficaz da sociedade[6]. O pensamento positivista a considerava um saber útil ao legislador, no sentido de que seria *a arte de adaptar às exigências de cada povo as propostas da sociologia criminal para a defesa preventiva e repressiva*[7]. A partir de um ângulo diferente, o direito penal liberal – para o qual o direito penal derivava da razão e a criminologia era o *direito penal filosófico* – considerou-a uma *doutrina da prática legislativa*[8]. Hoje costuma-se considerá-la um saber que igualmente tem importância para a dogmática jurídico-penal, ou seja, é comum afirmar-se que não se trata de um saber destinado apenas a legisladores[9], mas também a intérpretes da lei e a juízes[10], pois para o pensamento penal dominante a política criminal não é – como para Liszt – um saber empírico baseado na criminologia e na penologia (e ao qual o direito penal deve pôr limites), mas sim está inserida no direito penal e não confrontada com este[11].

2. Embora se mantenha um conceito tradicional, segundo o qual a política criminal é um discurso legitimante do poder punitivo, o certo é que mesmo tal concepção não pode ocultar sua tensão interna, porquanto a política criminal não consegue eliminar seu *potencial crítico*. Apesar de existirem discursos político-criminais legitimantes, que aceitam como verdades meras afirmações apriorísticas (iguais às que qualquer teoria positiva da pena contém), tudo se modifica quando, ao basear-se em dados da realidade, ela é construída como uma valoração geral do modo de encarar a conflitividade criminalizada a partir do poder e, portanto, de exercer o poder punitivo. Dessa perspectiva, sua função não se limita tampouco ao legislador, pois o juiz também toma decisões políticas (porque expressa uma decisão do poder estatal) e, logo, o dogmático não pode ficar à margem de tais valorações.

6 Assim Jescheck/Weigend, p.22.

7 Ferri, *Principii*, p.100.

8 Carrara, Francesco, *Lineamenti*; análogo, Pessina, I, p. 10. Sua origem é atribuída a Kleinschrod, usando-a em seguida Feuerbach e Henke, embora Liszt a atribuisse a Henke (sobre isso, Saldaña, Quintiliano, *in Adiciones* a Liszt, *Tratado, I*, p.10).

9 A esse respeito, cf. Martínez, Maurício, em *La criminología del siglo XXI en América Latina*, p. 261.

10 Cf. Roxin, pp. 167 ss; Hassemer, W., *Strafrechtsdogmatik*.

11 Assim Zipf, Heinz, *Kriminalpolitik*; Jescheck/Weigend, pp. 21ss; Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*.

3. Por outro lado, não se pode falar de política criminal sem levar em conta o modo de exercício *real* do poder punitivo, pois seria absurdo que essa política se limitasse a precisar as disposições que o legislador deve plasmar na lei, como se atuasse à margem das características estruturais e eventuais (concretas) de um sistema penal determinado e segundo as quais será concretamente exercido o poder punitivo que tais normas habilitam. Por isso, a política criminal contemporânea deve abarcar em seu campo a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito, ou seja, reconhecer um forte componente de política institucional. Nesse sentido, parece que, pelo menos até agora, o progresso acadêmico e metodológico da ciência política[12], que abrange a chamada engenharia institucional[13], passou ao largo do direito penal. Entretanto, a política criminal é um campo especializado da ciência política e, naquilo em que a política intervém no sistema penal, da engenharia institucional. Existem, pois, a *política criminal*, como um ramo especial da ciência política, e a *engenharia institucional penal*, como um de seus capítulos mais importantes.

4. O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas e penitenciárias[14]. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para sua defesa e fortalecimento. Em suma, *a política criminal é resultante da interdisciplinaridade do direito penal com a ciência política e especialmente com a engenharia institucional*. É função da ciência política precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais e, por conseguinte, notificar ao dogmático, ao parlamentar e ao juiz as consequências reais daquilo que o primeiro propõe e os demais decidem, assim como informar-lhes acerca do sentido político geral do quadro de poder em que tomam suas decisões, o qual pode ser liberal ou autoritário, garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito. Cabe imaginar que nos próximos anos os politicólogos estarão mais próximos da política criminal, porque, até o presente momento, predomina o velho conceito positivista, não só porque os penalistas o ignoraram, como também porque eles não repararam nesse aspecto de sua própria disciplina nem tampouco produziram trabalhos importantes sobre engenharia institucional penal a partir desse campo[15].

12 Ver, por exemplo, Weissberg, H.F., *Political Science*; Pasquino, G., *La complessità della politica;* Pasquino, G., Bartolini, S., Cotta, M., Morlino, L., e Panebiano, A., *Manual de ciencia política;* Ricci, D. M., *The tragedy of political science.*

13 Sobre esse conceito, Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada.*

14 Cf., por exemplo, Christie, Nils, *Crime control as industry.*

15 Os trabalhos importantes continuam sendo de criminólogos e penalistas como, por exemplo, os de Cohen, Stanley, *Visiones de control social*; Delmas-Marty, Mireille, *Le flou du droit; Les grandes systèmes de politique criminelle.*

5. Se bem que até agora nenhuma proposta séria em matéria constitucional tenha sido formulada a partir da engenharia institucional criminal, convém observar que uma reflexão mais profunda dos politicólogos mostrará a necessidade de se incumbirem de um fenômeno preocupante por causa da indiferença dos operadores políticos – sempre obcecados pelas conjunturas –, dos penalistas – perdidos no reducionismo normativista – e dos próprios politicólogos – excitados pelo afã de reconhecimento científico de sua disciplina –, mas que leva o estado de direito a deixar ao acaso dos interesses corporativos o conduto que alimenta e reforça o estado de polícia que deveria conter, o que implica um suicídio institucional.

6. Da mesma maneira que, a partir da Constituição francesa de 1946, os conselhos econômicos e sociais se incorporaram ao direito constitucional comparado, cabe imaginar que se deva pensar na futura criação de conselhos de política criminal nos quais os representantes dos setores do sistema penal fossem minoria (pois seriam os controlados, a fim de que os interesses corporativos não se imponham às exigências do estado de direito) e que tivessem por objeto investigar cientificamente os quadros de conflitividade real, bem como estabelecer quais são os conflitos de maior frequência e gravidade e propor as políticas de controle e solução, ao mesmo tempo aconselhando sobre a adequação e racionalidade do investimento orçamentário e defendendo seus critérios em debate público[16]. Instituições dessa natureza ou análogas se imporão como consequência das graves ameaças que o sistema penal hipertrofiado está representando para a segurança jurídica. O renascimento do estado de direito deverá orientar as respostas institucionais que permitam reduzir o sistema penal a dimensões controláveis. Lamentavelmente, neste momento de decadência dos estados de direito, tais reações ainda não se verificam.

IV. Interdisciplinaridade com a criminologia

1. A interdisciplinaridade secante do direito penal com a criminologia é tamanha que, às vezes, torna-se impossível distinguir seus respectivos âmbitos, em razão do entrelaçamento de seus discursos, produzido pela luta de poder entre corporações que disputam a hegemonia da *questão criminal*, em estreita dependência de segmentos sociais de poder muito mais amplos. Isso impossibilita definir a criminologia de modo aceitável para todos os criminólogos, porquanto, tratando-se de um saber que pretende prover dados da realidade acerca da *questão criminal*, quem dispõe da hegemonia científica para semelhante empreitada

[16] Cf. Zaffaroni, *Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal.*

procura exercer o poder do discurso sobre essa questão que, como é sabido, foi disputada por diversas corporações científicas ao longo da história. Por conseguinte, a partir da perspectiva *descritiva* e *histórica*, pode-se dizer que *a criminologia é a série de discursos que explicaram o fenômeno criminal, segundo o saber das corporações hegemônicas em cada momento histórico*. Em vista do domínio discursivo que as sucessivas corporações profissionais exerceram, as relações com o direito penal jamais foram simples, se como direito penal se entender o discurso elaborado pela corporação de juristas de cada época. *Em suma, vista a questão no bojo de um arco temporal de cinco séculos, o que se pode observar é uma luta de corporações que, quando conseguem a hegemonia, disciplinam, silenciam ou ignoram os discursos das demais, muito embora a corporação jurídica não tenha sido senão uma dessas agências em disputa.*

2. As discussões sobre a origem da criminologia são estéreis. Os criminólogos etiológicos situam-na em 1876[17], ao passo que os da reação social (críticos liberais e radicais) localizam-na no Iluminismo, com as discussões acerca da legitimidade do poder punitivo[18]. A criminologia, no entanto, nasceu muito antes, já que sempre acompanhou o direito penal, pois a partir da existência do poder punitivo (confisco da vítima) houve *questão criminal* e alguém exerceu o poder do discurso sobre ela. Na realidade, primeiro surgiu o discurso jurídico, isto é, o direito penal como saber elaborado pela primitiva corporação dos juristas, imediatamente depois do fenômeno do confisco da vítima, com o trabalho teórico sobre o direito romano, levado a cabo pelos glosadores e pós-glosadores e difundido desde os primórdios dos *estúdios*, que se tornaram mais tarde *universidades dos estúdios*, oriundas do norte italiano. A esse saber, que pretendia surgir da lei e era, de algum modo, limitador, pois racionalizava o poder punitivo segundo bases filosóficas inquestionáveis, ainda que não muito claras, opôs-se um outro, gerado a partir de um *discurso de emergência* por outra corporação dominante, que foi a *Inquisição*. Esta, baseando-se em supostos dados da realidade, impôs seu discurso em meio a uma empreitada policial (administrativa) de contenção e eliminação de um mal que ameaçava a existência da humanidade, primeiro como *heresia*[19] e depois como *bruxaria* (o mal

[17] Corresponde à primeira edição de *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso. Tal origem é discutida dentro da própria perspectiva positivista, não apenas por aqueles que assinalam advir de Gall com a frenologia (assim Savitz, Leonard; Turner, Stanley; Dickman, Toby, em Meier, Robert F., *Theory in Criminology*, Londres, 1977), como também, em especial, pelos franceses, que preferem Morel (Lacassagne, A., *Actes du ler. Congrès*; Topinard, P., *L'homme dans la nature*). Sobre as teorias de Lacassagne, Debuyst, Charles, em Debuyst/Digneffe/Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, pp. 343 ss.

[18] Assim Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan; Miralles, Teresa, *El pensamiento criminológico*.

[19] Eymerich, Nicolau e Peña, Francisco, *Il manuale dell'Inquisitore*; Gui, Bernard, *Manuale dell'Inquisitore*.

cósmico do *Maligno*). Tal discurso inquisitorial, em sua segunda variante, legitimou a primeira grande privatização do controle social punitivo, pois consolidou a submissão de metade da espécie humana – as mulheres – ao *pater* (patriarcado punitivo). Em 1484 a Inquisição recapitulou sua experiência de submissão feminina em um magnífico manual de extraordinária coerência e primorosa elaboração teórica (*Malleus Maleficarum*)[20] que, sem dúvida, constitui o primeiro discurso criminológico moderno, orgânico, cuidadosamente trabalhado, explicativo quanto às causas do mal, suas formas de aparecimento, seus sintomas e os modos de combatê-lo, isto é, integrando em um único saber ou discurso a criminologia etiológica, o direito penal e processual penal e a criminalística. Foi o primeiro grande produto teórico do poder punitivo, exercido de início e depois explicado e legitimado discursivamente, de uma maneira cada vez mais refinada até alcançar o grau de coerência expositiva que se apresenta nessa precursora obra da criminologia moderna que, na verdade, consiste em seu momento teórico fundacional.

3. Os inquisidores eram juízes, policiais, teólogos, filósofos, médicos sanitaristas, agrônomos etc., ou seja, eram os operadores de uma grande agência punitiva, que decidia *a vida e a morte das pessoas* e acumulava funções a serem distribuídas depois entre várias agências[21]. Praticamente a Inquisição foi a *agência-mãe* ou o *tronco comum de onde se emanariam mais tarde todas as demais agências especializadas que exerceriam o poder de controle social*. A Inquisição e seu método não foram patrimônio exclusivo do poder eclesiástico: o processo inquisitório e a tortura tornaram-se formas de poder punitivo exercidas por todo o poder político, que atribuiu a si o *direito de vida e morte* sobre as pessoas. Porém, *direito de vida e morte* – por óbvios limites naturais – significava apenas a possibilidade de *matar ou deixar viver*, isto é, de *fazer morrer* ou *deixar viver* a quem quer que seja. Por isso, se criminalizava o suicídio, pois *o suicida era um usurpador do poder de Deus ou do senhor*[22].

4. A noção do estado como *administrador da morte* foi mudando paulatinamente para a do estado como *administrador da vida*. Foucault situa essa mudança no século XVIII, fato passível de discussão, mas o certo é que, em determinado momento, ele passou da potestade de *fazer morrer ou deixar viver* à de *fazer viver ou deixar morrer*. De uma maneira preferencial, o estado começou a tratar da vida de um novo sujeito coletivo, constituído pelos súditos como um *sujeito público*. Ele se encarregou da administração dos diferentes aspectos da vida desse sujeito coletivo em toda sua complexidade, planificando segundo

[20] Ou Martelo das Feiticeiras.

[21] Foucault, M., *Genealogía del racismo; bisogna difendere la società.*

[22] Também em Foucault.

as regras dos *grandes números* e produzindo efeitos maciços sobre salubridade, instrução, disciplina social, educação e trabalho. À medida que foi se processando *a mudança da administração da morte de indivíduos para a da vida do sujeito público*, tornou-se necessário distribuir as funções entre agências especializadas, em razão da enorme complexidade dessa tarefa. O senhor (estado) precisou criar serviços burocráticos, instituições especializadas que foram gerando seus próprios saberes e autonomizando-se. As burocracias competem entre si para hegemonizar o poder do estado ou, pelo menos, obter privilégios em causa própria e para os que dispõem do treinamento do qual se nutrem discursivamente. As pessoas com esse treinamento se agrupam de uma maneira corporativa, ou seja, de uma forma *institucionalizada e hierárquica*, dando lugar a uma pluralidade de corporações profissionais que disputam poder. Cada uma delas desenvolveu um saber expresso em discursos de acordo com seus dialetos específicos, que refletem lutas tanto intercorporativas quanto intracorporativas, sendo estas últimas (*lutas de escolas*) pouco compreensíveis para o *extraneus*. As corporações disputam espaços da realidade, e a inclusão de uma área em seu âmbito epistemológico implica a apropriação corporativa de um território, ou seja, da administração de *uma área da realidade* e, portanto, *de poder sobre essa realidade*.

5. Desde o século XVIII, quando o poder e a autonomia das corporações, com suas consequentes lutas hegemônicas, tornaram-se mais acentuados, a questão criminal passou a ser um campo muito disputado. Sucederam-se discursos e corporações hegemônicas, ao compasso da maior funcionalidade para o poder político e econômico, sem que a perda de hegemonia significasse o desaparecimento da corporação deslocada, que sempre se adequou à nova situação e continuou elaborando discursos. Como nenhuma corporação abandona o campo de batalha, seus renovados discursos continuam vivos. Por isso, *não se deve confundir esse curso histórico da criminologia com a história de uma disciplina*. A história implica o registro de fatos passados que se projetam em suas consequências no presente[23], mas esse trajeto se refere a fatos do passado que continuam diretamente presentes. A trajetória da criminologia não se desloca pelas salas de um museu de teorias mortas, mas sim se adentra em uma selva de discursos vivos e em constante renovação, produzidos por corporações que lutam entre si para dar-se hegemonia, em negociação com poderes sociais mais amplos. Nem sequer a Idade Média terminou na criminologia; seu discurso continua mais vigente do que nunca, só que é necessário conhecer os verdadeiros troncos discursivos e não se deixar impressionar pela mudança de cor da folhagem. Aqui não se trata do erro de perder de vista a floresta à força de olhar as

[23] Pode-se citar como clássico, Bauer, Wilhelm, *Introducción al estudio de la historia.*

árvores, mas sim do erro causado por olhar desatentamente as árvores e pensar que elas sejam diferentes. Não é simples aprender a percorrer uma floresta onde as árvores se mimetizam. Acompanham esta característica as intermináveis discussões epistemológicas e metodológicas no âmbito criminológico.

6. O curso dessa disputa tem períodos extensos e episódios curtos, sobre os quais não nos deteremos aqui. Durante os períodos longos as etapas de hegemonia discursiva acompanharam os grandes capítulos do exercício do poder planetário: a *revolução mercantil* (séc. XV), que exerceu o poder planetário na forma de *colonialismo*; a *revolução industrial* (séc. XVIII), que exerceu o poder planetário sob a forma do *neocolonialismo*, com uma primeira etapa de *ascensão da burguesia* (séc. XVIII até meados do XIX) e uma segunda, com a *burguesia estabelecida no poder* (até fins do séc. XX)[24]; e a *revolução tecnológica* (já no fim do séc. XX), que exerce seu poder planetário como *globalização*. Na período da *revolução mercantil europeia do século XV*, a colônia foi uma instituição total massiva, *implicando no sequestro institucionalizado da maior parte da população do planeta: pelo menos dois continentes (América e África) se converteram em instituições totais, com imensos campos de concentração e extermínio*[25]. Foi a etapa das grandes viagens (chamadas pelos colonizadores de *descobrimentos*), da primeira submissão da América e da África, da hegemonia das potências marítimas e da legitimação do poder transnacional e nacional, com *discurso teocrático*, de acordo com o quadro cultural do momento. Foi a fase fundacional da criminologia, cujo discurso legitimava um poder hierarquizante e militarizado nas sociedades colonizadoras, que permitia a conquista do resto do planeta. *Malleus* tornou-se seu mais elaborado produto teórico, como discurso dos inquisidores, prévio à nítida divisão das corporações e à competição entre elas e que, por conseguinte, devia oferecer um *modelo integrado* ao direito penal, isto é, uma ingestão do direito penal (discurso da corporação dos juristas) na hegemonia discursiva dos inquisidores (*reducionismo criminológico teocrático do direito penal*) [26].

7. Ao longo dos séculos colonialistas (XV a XVIII), durante os quais as corporações foram se alinhando e se autonomizando, começaram elas a elaborar seus próprios discursos e quando, no século XVIII, a revolução industrial eclodiu e inaugurou a etapa do neocolonialismo, o poder, em um primeiro momento, outorgou hegemonia ao *discurso dos juristas e filósofos do Iluminismo*, que perdurou até o estabelecimento da burguesia no poder social, porém cujo ocaso se iniciaria ainda em meados do século XIX[27]. A classe dos industriais, comerciantes e banqueiros, então concentrada nos *burgos* ou cidades, necessitava desse discurso enquanto lutava contra o "antigo regime", porque lhe era indispensável limitar o poder punitivo de que ele dispunha. Porém, quando a burguesia ratificou seu apogeu em países centrais[28], já não lhe interessou mais restringir o exercício do poder punitivo, e assim se afastou dos juristas e filósofos que elaboravam discursos limitadores desse poder. Esse período havia ensejado um direito penal liberal, que dominou a questão criminal com uma *imagem antropológica centrada no ser humano livre e racional*. O contratualismo social e o retribucionismo pela violação do contrato foram as características do discurso dominante. O método vigente era dedutivo, de acordo com os grandes sistemas filosóficos racionalistas, o que abriu caminho para um *reducionismo filosófico jurídico da criminologia*.

8. Quando os comerciantes, industriais e banqueiros se estabeleceram no poder, a concentração urbana dos extremos de riqueza e miséria provocava situações altamente conflituosas. Seu controle demandou a criação de uma nova e poderosa agência: a *polícia*, encarregada do disciplinamento urbano, que logo desenvolveu um incipiente discurso sobre os desajustados da nova ordem, tachados de *classes perigosas*[29]. No entanto, como as polícias não tinham capacidade nem tradição para produzir um discurso criminológico mais elaborado, aceitaram a aliança com os médicos, em disputa discursiva com os juízes, juristas e filósofos. A corporação médica, que sempre tentara apoderar-se da *questão criminal*, com discursos que não conseguiram hegemonia, não desperdiçou a oportunidade oferecida pela polícia, carente de discurso. O chamado *positivismo criminológico* tornou-se o discurso médico-policial, de natureza biológica, e que, para além das disputas por sua paternidade e das diferenças de detalhes, foi – com certos matizes – hegemônico até o século XX e ainda sobrevive em uma parte da criminologia europeia e latino-americana. A partir da *questão criminal* inventou a sociologia[30], substituindo o *contrato* pelo *organismo social*, legitimando o capitalismo selvagem central com a necessidade de permitir a sobrevivência dos mais aptos[31]. Por meio do mesmo paradigma biológico desenvolveu a antropologia[32], legitimando o neocolonialismo, que estreitou os vínculos econômicos do centro

[24] Dessa periodização, por exemplo, tratou Darcy Ribeiro, em *Las Américas e la civilización* e *O processo civilizatório*.

[25] Cf. Rodney, Walter, *De cómo Europa subdesarrolló a África*; Duviols, Pierre, *la destrucción de las religiones antiguas*; Preiswerk Perrot, Dominique, *Etnocentrismo e história*; Ianni, Octavio, *Esclavitud y capitalismo*; Inikori, Joseph E., *La trata negrera*; Jaulin, Robert, *El etnocidio a través de las Américas*; Graham, Richard, *Escravidão, reforma, imperialismo*; Hugh, Thomas, *La trata de esclavos*.

[26] Cf. *infra*, §§ 16 e 20.

[27] Cf. *infra*, § 20.

[28] Cf. Hobsbawn, Eric, *Le rivoluzioni borghesi; il trionfo della borghesia*.

[29] F. A. Frégier, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et les moyens de les rendre meilleures*.

[30] Quételet, Adolphe, *Recherche sur la loi de la croissance de l'homme; Du système social et des lois qui le régissent; Anthropometrie, ou mesure des différentes facultés de l'homme; Lettres;* Guery de Champneuf, A. M, *Essai sur la statistique morale*.

[31] Spencer, Herbert, *Principes de Sociologie*; *El progreso*; *La justice*; *Ética de las prisiones*; *Exceso de legislación*.

[32] Cf. Harris, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica*.

com a periferia e combateu a escravidão (não-funcional nessa etapa), daí resultando um discurso racista evolucionista[33], que culminava no *apartheid*[34]. O neocolonialismo foi uma espécie de campo de trabalhos forçados para milhões de pessoas. A *entente* médico-policial desenvolveu um poder tão extraordinário, que lhe permitiu enunciar um novo *modelo integrado de criminologia e direito penal, análogo ao inquisitório*[35]. Os autores que trabalhavam fora deste paradigma eram marginais. O paradigma biológico racista submeteu o direito penal à sociologia e à antropologia, em um conjunto de discursos que conferem legitimidade ao disciplinamento nas sociedades centrais e ao neocolonialismo nas periféricas[36]. Tal modelo integrado foi cultivado pelas elites das oligarquias políticas latino-americanas e difundido no continente pelos médicos legistas[37]. Tratou-se de um *reducionismo criminológico biopolicial (bio-social e bio-antropológico) do direito penal.*

9. O reducionismo biopolicial entrou em crise com a ruptura de seus pressupostos físicos, biológicos e políticos. A física quântica acabou com o mecanicismo e a biologia moderna arquivou os simplismos da transmissão dos caracteres adquiridos. No campo político, a primeira grande crise do capitalismo moderno (1890) terminou com a ilusão do progresso linear e indefinido[38], e entre as duas guerras suas principais teses foram adotadas e conduzidas até o genocídio pelo nazismo. Os sociólogos foram se libertando do reducionismo biologista em sua disciplina, com os grandes pioneiros europeus, mas seu saber tornou-se perigoso na Europa depois da I Guerra Mundial, razão por que sua hegemonia transferiu-se para os Estados Unidos. Na Europa recorreu-se ao neokantismo que, ao classificar as ciências em *naturais* e *culturais*, permitia que as faculdades de direito mantivessem uma curiosa convivência da velha criminologia biopolicial com o direito penal, que permaneceu até as últimas décadas do século XX[39]. Segundo tal recurso ideológico, o direito penal determinava o que era delito (ciência cultural) e a criminologia estabelecia suas causas (ciência natural). Por certo, essa *pax dogmatica* jamais conseguiu explicar como era possível

[33] Seu mais conhecido divulgador foi Haeckel, Ernst, autor de *Die Welträtzel; Storia della creazione naturale*. Sobre este autor, Bölsche, Wilhelm, *Ernest Haeckel*.

[34] Seus fundamentos estão em Morel. A respeito, Rosen, George, *Locura y sociedad*, pp. 194 e ss. Cf. também, em particular, Corre, A., *Le crime en pays créoles – Esquisse d'ethnographie criminelle,* Paris, 1899.

[35] Especialmente na obra de Enrico Ferri, *Los nuevos horizontes; Sociología criminal*.

[36] Sobre a função política do positivismo na América Latina, o caso do México é paradigmático. A esse respeito, Zea, Leopoldo, *El positivismo en México*.

[37] Cf. Ingenieros, José, *Criminología*, em *Obras Completas*, Buenos Aires, 1957; Nina Rodrigues, Raimundo, *Os africanos no Brasil; As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*; De Veyga, Francisco, *Degeneración y degenerados*.

[38] Cf. Lagujie, Joseph, *Los sistemas económicos*, p. 61; Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*.

[39] Pode-se observar ainda seu apogeu no Congresso de Paris de 1950, o primeiro do pós-guerra (cf. *Actas*), e em Ribeiro, Leonídio, *Criminologia*.

uma ciência *natural* ter um horizonte de projeção definido por atos de poder político. O neokantismo ensejou um *modelo aparentemente desintegrado*, porquanto, na realidade, ele outorga hegemonia ao discurso penal, que seleciona de modo arbitrário os dados da realidade que deseja incorporar a seu discurso e, ao mesmo tempo, mantém a criminologia cuidadosamente distante da análise do próprio poder punitivo. Isso consistiu numa *limitação jurídico-penal idealista da criminologia.*

10. Nas primeiras décadas do século XX o primado da sociologia transferiu-se para os Estados Unidos e, imediatamente, começou a hegemonizar o discurso criminológico. A I Guerra Mundial havia esgotado o potencial econômico europeu. Por não terem sofrido a guerra em seu território, os Estados Unidos tornaram-se os beneficiários da catástrofe europeia, pois a eles afluíam capitais e imigração. Sua administração imigratória adotou o discurso racista europeu[40], porém, ao mesmo tempo, no âmbito acadêmico foram se multiplicando os estudos sociológicos, cada vez mais distantes do paradigma biopolicial. O respeito pela liberdade acadêmica permitiu um espaço de elaboração discursiva oposto ao discurso oficial, progressivamente ampliado, ao contrário da Europa. Era natural que os sociólogos norte-americanos se perguntassem sobre os fenômenos de transformação que estavam sofrendo, ao passo que os europeus o faziam sobre sua decadência, mediante teorias disparatadas e irracionais: enquanto a sociologia florescia na América do Norte[41], os europeus diagnosticavam sua decadência civilizatória[42]. No propício quadro norte-americano, os sociólogos ganharam hegemonia na criminologia, que até os anos sessenta e setenta do século XX continuou se perguntando sobre as causas do delito, ao passo que os criminólogos europeus, isolados nas faculdades de direito e dominados por médicos, ensaiavam teorias biológicas mais refinadas[43]. As principais correntes teóricas da criminologia etiológica norte-americana podem ser classificadas em cinco grandes eixos: **a)** as que atribuem a criminalidade a fenômenos de desorganização próprios do urbanismo (teoria ecológica)[44]; **b)** as que tomam como determinantes processos cul-

[40] Cf. Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio*, pp. 83 ss.

[41] Por exemplo, nos começos do século, Cooley, Charles Hooton, *Social organization*; Ritzer, George, *Teoría sociológica contemporánea*, pp. 54 ss.

[42] São representativas as obras de Spengler, Oswald, *Der Untergang des Aberlandes*; Pareto, Vilfredo, *Trattato di sociologia generale*; *Extracto del Tratado*. De um modo geral, Herman, Arthur, *La idea de decadencia en la historia occidental*.

[43] Kretschmer, Ernst, *Köperbau und Charakter* e *Manuel théorique et pratique de psychologie médicale*; Ruiz Funes, Mariano, *Endocrinología y criminalidad*; Marañón, Gregorio, *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*; Pende, Nicola, *Trabajos recientes sobre endocrinología y psicología criminal*; versões norte-americanas em Sheldon, W. H. e Stevens, S. S., *Les varietés du tempérament*; Glueck, Sheldon, *Crime and correction: selected papers*.

[44] Especialmente a chamada "Escola de Chicago", da qual trataram Bulmer, Martin, *The Chicago School of Sociology*; Park, Robert E., Burgess, Ernest W., Roderick, D. McKenzie, *La città*.

turais diferenciados (teoria da associação diferencial e das subculturas)[45]; c) as que centram a atenção nas falhas do controle social familiar e educacional (teorias de controle)[46]; d) as que enfatizam a tensão estrutural da sociedade (teorias funcionalistas sistêmicas ou da tensão)[47]; e e) as que fundamentam as causas na conflitividade social (teorias do conflito)[48]. Embora tais visões sejam reveladoras de diversos aspectos da realidade – e se apresentem como passo inicial para outras percepções menos lineares – o paradigma etiológico, mediante o qual são manejadas, resulta totalmente ingênuo, em especial quando pretende estender suas explicações a toda a *criminalidade*. Essas teorias etiológicas se desenvolveram em unidades acadêmicas separadas das faculdades de direito, razão pela qual se poderia dizer, talvez, que a hegemonia sociológica dos Estados Unidos é o verdadeiro *modelo não-integrado* de direito penal e criminologia.

11. A partir dos anos sessenta, a sociologia impulsionou uma criminologia enfocada no processo de criminalização, que pôs em relevo sua seletividade e o adestramento multiplicador e condicionante da conduta desviada. O objeto da criminologia transferiu-se *das causas do delito para o sistema penal*, naquele movimento que ficou conhecido – talvez um pouco exageradamente – como *a mudança de paradigma*, que passa da chamada *criminologia etiológica* à *criminologia da reação social*[49]. O interacionismo simbólico iniciou esse caminho, partindo da importância da atribuição e assunção de papéis[50] e enfatizando os efeitos deteriorantes das *instituições totais*[51]. Os fenomenólogos contribuíram para explicar os processos de estruturação

[45] Sobre associação diferencial: Sutherland, Edwin H e Cressey, Donald R., *Criminology*, bem como do primeiro, *White-Collar Crime* e *Ladrones profesionales*. Sobre teorias subculturais: Cloward, R. A. e Ohlin, L. E., *Delinquency and opportunity*; Cohen, A. K., *Delinquent boys*.

[46] Reiss, A. J., na *American Sociological Review* nº 16, 1951, pp. 196 ss.

[47] Merton, Robert K., *Teoría y estructura sociales*; Parsons, Talcott, *El sistema social e la estructura de la acción social*.

[48] Vold, George B., Bernard, Thomas J. e Snipes, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*; e, de um modo geral, sobre sociologia do conflito, Martindale, Don, *La teoría sociológica – Naturaleza y escuelas*, pp. 147 ss.

[49] Sobre isso: Pavarini, Massimo, *Control y dominación*; Baratta, Alessandro, Criminologia crítica e crítica do direito penal.

[50] A origem do interacionismo em Mead, George Herbert, *Espíritu, persona y sociedad*. Suas aplicações em Becker, Howard S., *Outsiders*; Lemert, Edwin M., *Social patology* e *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*; Cicourel, A., *The social organization of juvenil justice*; Matza, David, *Come si diventa devianti*. Sobre esta teoria: Curran, Daniel J. e Renzetti, Claire, *Theories of crime*, p. 135, assim como Lamo de Espinosa, Emilio e Carabaña, J., *Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico*, em Teoria sociológica contemporânea.

[51] Goffman, Irving, *Internados*, *La presentación de la persona en la vida cotidiana* e *Estigma*. Sobre este autor, cf. Burns, Tom, *Irving Goffman*, assim como Zeitlin, Irving M., em *Papers* – Revista de Sociologia nº 15, 1981, pp. 97 ss.

social da realidade[52] e se revelaram em toda sua magnitude os efeitos da comunicação de massa e dos estereótipos[53]. Outros autores próximos também contribuíram, a partir de diversos parâmetros, para demolir a ideia de *desvio*[54] como equivalente criminológico do direito penal de autor. Não foi menos importante o aporte de um crítico de singular acuidade como Foucault[55] a respeito das estruturas do poder para que, finalmente, as ciências sociais atestassem a dubiedade das afirmações dogmáticas dos discursos jurídico-penais e a armadilha existente na omissão quanto à total relevância etiológica[56] do próprio poder punitivo. Posteriormente, aprofundou-se o deslocamento do objeto da criminologia na direção do sistema penal, ou seja, dentro do que se denominou *paradigma da reação social*, passou-se das teorias de alcance médio para as teorias macrossociológicas, com a chamada *criminologia crítica e radical* dos anos setenta[57], que induziu a um conceito de criminologia entendida como crítica do controle social, com fortes marcas do marxismo não-institucional. Essa criminologia teve a virtude de chamar a atenção para o controle social e de aguçar o sentido crítico, porém levava consigo o germe de seu próprio ocaso[58], já que se propunha uma mudança social profunda e, enquanto esta não se produzisse, não teria resposta para os problemas imediatos da violência do sistema penal, do efeito multiplicador do controle social punitivo e do próprio trato com os criminalizados, os policizados e as vítimas. Paralelamente, desenvolveu-se uma tendência ao estudo das vítimas[59] que pôs a descoberto a seletividade do poder punitivo a respeito delas, com a inequitativa distribuição dos riscos da vitimização, o que acabou desacreditando ainda mais os dogmas sociais introduzidos de uma maneira acrítica na construção jurídico-penal. O espaço que separa os saberes jurídico-penal e criminológico ampliou-se, portanto, de modo que a ciência social não pudesse legitimar de novo o poder punitivo racionalizado pelo direito penal tradicional; ao mesmo tempo, porém, a criminologia mais radical mergulhou na crise à qual sua própria impotência conduzira, para assinalar pautas

[52] Berger, Peter e Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*; Schutz, Alfred, *El problema de la realidad social*; Tuchman, G., *La producción de la noticia – Estudio sobre la construcción de la realidad*.

[53] Chapman, Dennis, *Lo stereotipo del criminale*.

[54] Cf. Pitch, Tamar, *Teoría de la desviación social*.

[55] Foucault, Michel. *Surveiller et punir*, assim como *La verdad y las formas jurídicas*; *Historia de la locura en la época clásica; Microfísica del poder*; *Saber y verdad*; *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*.

[56] Baratta, Alessandro, em *La questione criminale*, 1975, p. 7 ss; também em *Criminologia Crítica*.

[57] Uma visão completa em Traverso, Giovanni B. e Verde, Alfredo, *Criminologia critica*. A obra mais difundida na América Latina foi *La nueva criminología*, de Taylor, I, Walton, P. e Young, J.

[58] Cf. Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*. Reconhecem isso os próprios autores radicais: Matthews, Roger e Young, Jock, em *Delito y Sociedad*, nº 3, 1993, p. 13 ss; Young, Jock, *El poder punitivo del estado*, ib., p. 27.

[59] Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología*; Neuman, Elías, *Victimología*.

concretas de comportamento institucional. O pensamento crítico feminista mostra novas e esperançosas expectativas[60].

12. Não obstante, o atual momento do poder mundial apresenta uma particularidade a respeito do longo curso anterior, que é a inexistência de um discurso hegemônico, pois não há poder social com capacidade para assumi-lo[61], embora o discurso sociológico conserve hegemonia no plano acadêmico. O poder econômico globalizado se impõe ante os poderes políticos nacionais sem que haja um poder supranacional capaz de contê-lo. Os estados nacionais sofreram uma enorme perda de atributos da *soberania*. O reduzido poder político nacional se acha impossibilitado de resolver a conflitividade crescente gerada pelas condições excludentes do poder econômico globalizado. Seguindo a terminologia foucaultiana, pode-se dizer que do velho *fazer morrer ou deixar viver*, do antigo regime inquisitório, passou-se para o moderno *fazer viver e deixar morrer* da revolução industrial, para desembocar em um *deixar viver e deixar morrer* da atual etapa da revolução tecnológica. As agências policiais aumentam seu poder autônomo, tendem a monopolizar os mercados ilícitos e, ante qualquer tentativa de controle, intimidam os debilitados poderes políticos nacionais que, por outro lado, se veem sitiados pela demagogia dos operadores políticos *extra-sistema*. Diante de tais ameaças, os políticos tomam medidas comunicacionais comprobatórias de sua supostamente firme decisão de conter a conflitividade, cedendo poder às agências policiais.

13. Esse *processo de decadência do poder político*, engolfado nos espasmos de cessão de seu próprio poder, não tem possibilidade de assumir qualquer discurso racional. Nenhum discurso sociológico é funcional, porque desnuda a incoerência dos poderes políticos, impotentes para regular o poder econômico e controlar a crescente autonomização das corporações. Daí o fato de, hoje, só existir uma desconcertante e errática apelação para fragmentos de discursos do passado. *O poder político não dispõe de força para conceder hegemonia a algum discurso coerente; por sua vez, o poder econômico não precisa dele, porque, pela primeira vez, é exercido sem qualquer mediação do poder político*. Na revolução tecnológica, o importante, até o presente momento, é emitir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranquilizador

[60] Pitch, Tamar, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*; Löschper, Gabi e Smaus, Gerlinda (orgs.), em *Kriminologisches Journal*, 1999; Williams, Frank e McShane, Marilyn, *Devianza* e *criminalità*, pp. 228 ss.; e, de um modo geral, Restaino, Franco e Cavarero, Adriana, *Le filosofie femministe*.

[61] Martin, Hans-Peter e Schumann, Harald, *Die Globalisierungsfalle* (A armadilha da globalização); Beck, Ulrich, *Che cose è la globalizzazione*; Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno*; Dahrendorf, Ralf, *O conflito social moderno*; Furtado, Celso, *O capitalismo global*.

(normalizante), pouco importando seus efeitos reais[62]. Esse poder político deteriorado requer, mais do que um discurso, um libreto, porque ele mesmo e o próprio estado acabam assumindo o caráter de um espetáculo. Tal dramaturgia política e criminológica se potencializa devido à crescente importância das *agências de comunicação social*. O poder político desvalorizado apela para elas, porque, sem soluções reais, comunica falsas soluções, renunciando a seu próprio poder. Assim, no âmbito comunicacional, constrói-se uma realidade virtual, progressivamente separada dos fatos, embora com efeitos reais. Não é possível conceber um discurso funcional para essa renúncia ao poder, porque os discursos sempre foram funcionais para o exercício do poder e não para a sua renúncia. Tudo isso representa um momento histórico de transição imprevisível, de vez que é instável demais e sua projeção futura nessas condições não é viável por tempo prolongado.

14. O direito penal e a criminologia, tanto na época da inquisição quanto na do positivismo, estavam vinculados porque a criminologia explicava as causas do delito e o direito penal destinava-se a neutralizar essas causas, antes, durante e depois do delito: no primeiro momento, o discurso dos juristas se achava imerso em um paradigma teocrático dominado pelos inquisidores e, no segundo, em um paradigma biologista dominado pelos médicos e policiais; por isso, eram modelos integrados de criminologia e direito penal. A etapa do liberalismo penal também resultou em um modelo integrado, embora inverso, porque o discurso criminológico ficou subordinado às deduções do discurso filósofico-jurídico. A desintegração neokantiana desvinculou formalmente ambos os saberes, para que o direito penal pudesse continuar legitimando o poder punitivo, mais ou menos como fazia com o positivismo, porém sem arcar com um arsenal teórico falso e indefensável, assim como para que a criminologia não abrangesse o sistema penal e, por conseguinte, não pusesse a descoberto sua seletividade e seu efeito reprodutor de violência. Na realidade, não foi um discurso totalmente desintegrador das duas disciplinas, pois manteve o vínculo de subordinação epistemológica da criminologia biopolicial. A criminologia dos sociólogos norte-americanos, por sua vez, foi cuidadosamente ignorada pelo direito penal, dando lugar à verdadeira desintegração dos dois saberes, abrindo assim uma brecha entre ambos, levando a uma dupla verdade exasperante que tira a seriedade do discurso jurídico-penal.

15. Em meio à tormenta punitiva da revolução tecnológica, na qual incumbe ao direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo para salvar o estado de direito na atual transição perigosa, urge

[62] Schwartzenberg, Roger-Gérard, *O Estado – espetáculo*.

voltar a uma integração por interdisciplinaridade, ou seja, elaborar um saber jurídico-penal baseado em uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, que seja capaz de absorver os elementos e dados fornecidos pela sociologia e a criminologia, especialmente acerca da operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, o discurso jurídico-penal perde seu rumo, mesmo com a boa vontade liberal e garantidora de seus cultores, pois ninguém pode controlar aquilo que de fato ignora. Suas propostas não podem prescindir dos dados proporcionados pela criminologia no que tange à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência e seletividade, a seus efeitos interativos, deteriorantes, incrementadores de conflitividade etc. Sem esses dados o direito penal se perderia sustentando soluções realmente paradoxais. Por isso, se, a princípio, cabia expressar um conceito aproximativo de criminologia a partir de uma perspectiva *descritiva e histórica*, impõe-se agora proporcionar outro, segundo a função atribuida ao saber criminológico como complemento indispensável do direito penal de contenção punitiva, perspectiva a partir da qual se pode concluir que a criminologia é *o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social.*

§ 14. Interdisciplinaridade com saberes jurídicos secantes

I. *Interdisciplinaridade com o direito processual*

1. Costuma-se dizer que o direito penal se divide em direito penal *substantivo e adjetivo*, ou melhor, em direito penal de *fundo e de forma*[63]. No âmbito acadêmico são reconhecidos como duas disciplinas, mas existem processualistas penais que provêm do campo do direito penal e outros que provêm do processo civil (ou melhor, inscrevem-se em uma tendência puramente processual), resultando dessa distinta proveniência opiniões, às vezes, díspares, pois não se trata de detalhe pequeno considerar o direito processual um saber jurídico próximo do penal[64] ou tomá-lo como ramo de um direito processual geral[65]. Apesar de ninguém pretender que o direito processual pertença ao direito penal em sentido estrito, deve com ele manter uma vinculação estreita[66] e mesmo certo grau de dependência, já que o direito processual é sempre um meio e não um fim em si mesmo[67]. Embora seja correta a afirmação de que *o direito penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente*[68], não seria menos correta a de que o direito processual, se órfão do penal, ostentaria fartas melenas, o que atesta sua recíproca dependência. Relacionam-se, de um lado, por uma independência acadêmica e expositiva, assim como, de outro, por nítida dependência teórica ou ideológica (ou político-criminal)[69]: os objetos são díspares, mas os princípios de ambos são – ou deveriam ser – estritamente paralelos[70], e modo algum o direito processual penal pode ser considerado um mero complemento do direito penal, pois ele possui uma *força penal configuradora bási-*

---

[63] Por todos, Soler, I, p. 25; Merkel, Adolf, p.1; Hippel, I, p. 1; Roxin, *Derecho Procesal Penal*, p. 1.

[64] Assim Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, I, p. 124; Florian, Eugenio, *Elementos*, pp.14 ss; Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, p. 147; Binder, Alberto M., *Introducción*, p. 37.

[65] Assim, Fenech, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 94.

[66] Cf. Polaino Navarrete, p.150.

[67] Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado*, I, p. 56.

[68] Beling, Ernst von, *Derecho Procesal Penal*, p. 2.

[69] Cf. Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, pp. 546 ss.

[70] Esse caráter entra em franca contradição com a tese dominante em língua alemã, segundo a qual as leis processuais penais podem ser integradas analogicamente e aplicadas retroativamente (assim, Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich e Mitsch, Wolfgang, p. 148; Trechsel, Stefan, *Schweizerisches Strafrecht*, p.46). Com bom critério, Bitencourt, Cézar Roberto, Juizados Especiais Criminais, p.138, assinala que o *tempus regit actum* não pode ferir a liberdade; também moderando o critério, Cadoppi, A. *et alii*, p. 175.

ca[71]. Ambas as disciplinas têm como normas primárias a Constituição e o direito internacional, porque cabe àquela e a este a preservação do estado de direito, e todo princípio limitador possui sua correspondente versão penal e processual-penal. Daí, o perigo que implica a admissão de exceções aos princípios garantidores em sede processual, pois desde Roma até hoje a quebra de limites ao poder punitivo teve seu começo por via de procedimentos extraordinários, mais tarde vulgarizados[72].

2. Convém observar que até o século XIX era comum o tratamento conjunto dos dois saberes (Grolmann, Carmignani, Carrara etc.), o que corresponde à tradição legislativa vigente até a codificação daquele tempo, que abarcava em um mesmo corpo normas penais e processuais penais[73]. Ambas as disciplinas trabalham seus saberes baseados em duas fontes legais diversas, mas que devem ser compatíveis e paralelas quanto a seus respectivos princípios: entre elas não deve existir uma assimetria político-criminal ou ideológica. *A um direito penal limitador ou de garantias corresponde um direito processual penal acusatório, e a um direito penal autoritário, um processual penal inquisitório.* O estado de polícia não precisa de conceder defesa ao acusado, porque não só se arvora em vítima, como também em acusador, defensor e juiz. A assimetria entre as duas regulações geralmente é traduzida em uma lei penal liberal e em uma lei processual inquisitória, o que constitui um modo de burlar a limitação própria do estado de direito e de consagrar o estado de polícia mediante um discurso penal liberal. A assimetria oposta é pouco frequente e transitória, ao contrário da primeira, que alcança alto grau de estabilidade e permanência. Já a simetria autoritária foi clara durante o estado nazista: não é possível esquecer que a lei de 28 de junho de 1935, conforme observa um autor dessa ideologia, *instrumentou processualmente a analogia penal e opôs à fixação da matéria factual pela acusação a livre fixação dos fatos pelo juiz, a fim de permitir a melhor realização da justiça material. Derrogou, também, a proibição da reformatio in pejus e habilitou a introdução de provas por parte do juiz, à margem daquelas oferecidas pelas partes*[74]. Depois de uma longa revisão histórica, tal autor termina afirmando que a limitação de provas foi um exagero da recepção alemã aos princípios liberais no processo penal e reivindica a livre admissão de provas como *uma conquista do direito processual penal do nacional-socialismo*[75].

---

[71] Cf. Freund, *Strafrecht*, p.20.

[72] Cf. Thomas, Yan, *Los artificios de las instituciones*, pp. 229 ss., com abundante documentação.

[73] Cf. Jescheck-Weigend, p. 17.

[74] Klee, Hans-Joachim, *Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im Strafverfahren*, p. 4.

3. Estabelecida a dependência teórica, ideológica e político-criminal entre as duas disciplinas jurídicas, resta ainda estabelecer seus limites, pois várias normas são comuns a seus respectivos horizontes de projeção. Desde logo, observe-se que certas garantias individuais estabelecidas pela Constituição repercutem tanto no campo do direito penal quanto no do processo penal: a "prisão ilegal", que deve ser "imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5º, inc. LXV CR) pode ser caracterizada tanto a partir do direito penal (por exemplo, no caso de atipicidade objetiva da conduta atribuida ao preso em "flagrante delito") quanto a partir do processo penal (por exemplo, na falta de observância de formalidade legal na lavratura do auto de prisão em flagrante). Além disso, certos institutos considerados processuais adquirem, pelo menos em sua aplicação prática, natureza jurídica ambígua e discutível, como se dá com a prisão preventiva quando, empregada como ilegítima antecipação de tutela, ganha inegável matiz penal. Da mesma forma, o código penal brasileiro contém diversos dispositivos (art. 100 ss) que tratam do exercício e da extinção das ações penais, bem como de requisitos de procedibilidade. As disposições de caráter processual do código penal provêm de modelos legislativos de países europeus unitários. Nesses modelos, a questão do corpo legislativo em que se inserem é quase acadêmica. Por isso, a maior parte de sua doutrina tratou sempre de conferir-lhes natureza penal e não processual[76], como forma prática de resolver o problema. Não obstante, é difícil sustentar que se trata de matéria penal, pois não se pode ignorar que a teoria da ação é um eixo doutrinário central do direito processual[77]. Se se reconhece que a sanção penal é a pena e a processual a nulidade[78], não é possível haver dúvida de que o artigo 100 e seguintes do Código Penal contêm normas processuais. São requisitos de procedibilidade e não condições de punibilidade, como se pretendeu em algum momento[79]: quando falta uma condição de punibilidade impõe-se a absolvição; quando falta um requisito de procedibilidade não há processo[80]. Os argumentos para dotar de caráter penal as disposições processuais contidas no código penal desafiam abertamente categorias centrais de ambas as disciplinas.

---

[75] Idem, pp. 145-147.

[76] Assim Rivarola, p. 579; Soler, II, p. 444; Núñez, II, p. 128; Fontán Balestra, III, p. 441; e Clariá Olmedo, I, p. 299, no que tange à ação.

[77] Cf. Florian, I, p. 176; Franco Sodi, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, pp. 21 ss. Podem ser observados em Manzini, *Tratado de Derecho Processual Penal* I, p. 125, os esforços para distinguir entre normas que atribuem e normas que regulam o poder punitivo do estado.

[78] Cf. Soler, I, p. 25.

[79] Schmidt, Eb., assinala essa nítida diferença em *Los fundamentos teóricos e constitucionales*, p. 27; a natureza "mista" de tais disposições, adotada por Manzini na Itália, foi sustentada apenas por uma minoria na Alemanha, tendo como antecedente Binding, *Handbuch*, pp. 588 ss.

[80] Cf. Schmidt, Eb., op. cit., p. 28.

4. Uma instituição que costuma ser considerada processual apresenta problemas muito especiais e merece ver-se tratada à parte: a prisão preventiva. *A prisão preventiva, na grande maioria dos casos, fere a presunção de inocência e, por conseguinte, configura-se como uma pena anterior à sentença.* Embora, em certos casos, possa ela ser legitimada, como coerção direta, nos restantes – que representam a imensa maioria – são válidas as considerações formuladas a respeito de todo o poder punitivo que, aliás, se torna aqui ainda mais irracional, vendo-se habilitado antes mesmo de afirmar a existência do delito, ou seja, impondo uma pena pela mera acusação. O problema é sumamente grave, se se considerar que quase dois terços de todos os prisonizados latino-americanos acham-se sob a tutela dessa instituição, quer dizer, com pretexto processual.

5. As tentativas de legitimação discursiva da prisão preventiva circulam por duas vias diferentes: **a)** as que lhe reconhecem certo caráter de pena e tratam de legitimá-la como tal (*teorias substantivas*) e **b)** as que desconhecem esse caráter e procuram legitimá-la como medida processual (*teorias processualísticas*). Ambas as posições têm seu reflexo negativo nos critérios adotados pela legislação e pela jurisprudência para revogar a prisão preventiva (os chamados *critérios excarceratórios*), onde, geralmente, se cruzam argumentos de dupla natureza[81]. Os substantivistas apelam para conceitos tais como *a satisfação da opinião pública, a necessidade de intimidar, a urgência para controlar o clamor público, a dissuasão*, a *exemplaridade social*[82] e, inclusive, a *readaptação*[83]. Segundo essas opiniões, a prisão preventiva seria imposta como uma pena, ficando a presunção de inocência subordinada à necessidade de ordem. A proposição dessa tese é clara e autoritária (na guerra contra o crime é preciso impor penas antes da sentença); seu critério é bélico (em toda guerra os inocentes também sofrem). Tal posição não permite confusões ideológicas, pois corresponde ao direito penal autoritário de Ferri e Garófalo na época do positivismo, de Manzini na do fascismo e dos autores alemães durante o nazismo[84].

6. O reconhecido autoritarismo de Garófalo o levava a sustentar a incrível tese de que a liberdade provisória não tinha razão de ser e deveria desaparecer completamente, ressalvado o caso em que o próprio juiz de instrução acreditasse na inocência

[81] Pode-se verificar a tabela enumerativa, hoje enriquecida de racionalizações maiores, feita por Rubianes, Carlos J., *La excarcelación*, pp. 32 ss.

[82] Assim, Granata, Luigi, *La tutela della libertà personale*; Zavaleta, Arturo, *La prisión preventiva y la libertad provisoria.*

[83] Em sentido crítico, Cafferata Nores, José, *La excarcelación*, 1977, p. 26.

[84] Idêntica visão crítica tem Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, pp. 560 ss.

do acusado. "*Tal como existe hoje* – escrevia – *esta instituição apresenta os maiores perigos: parece feita ex professo para favorecer o mundo criminoso e atesta a ingenuidade dos legisladores, os quais parece não se precaverem das novas armas que a civilização empresta aos malfeitores*"[85]. Os argumentos substantivistas não variaram, exceto em que hoje se expressam com menos clareza. Uma variante mais prudente apela para a pretensão de que a prisão preventiva é uma medida de segurança, para o que amplia a coerção direta forjando necessidades, o que não passa de um conhecido expediente que remonta à inquisição. Nesse aspecto, o nacional-socialismo, tal como Garófalo, não dava margem a qualquer dúvida, apesar de seus argumentos terem o costume de reiterar-se sem citação: *Enquanto, segundo o direito vigente, a prisão preventiva só serve para evitar o perigo de fuga do inculpado ou de que provas desapareçam, no futuro (como prisão preventiva profilática) também terá como objetivo a proteção da comunidade diante dos fatos que o inculpado poderia cometer em liberdade ou frente ao risco de perturbação, de qualquer forma, da ordem pacífica do povo*[86].

7. Do lado das teorias processualísticas, argumenta-se, em geral, mediante remissão ao processo civil, para identificar a prisão preventiva com as medidas cautelares daquela jurisdição. Isso, naturalmente, implica um formalismo que abstrai a diferença entre limitação patrimonial e perda de liberdade, esquecendo que a primeira é recuperável ou reparável na mesma espécie, ao passo que a devolução do tempo é impossível (sem contar com os outros males que a prisonização acarreta). Uma das teses preferidas é que *não existe presunção de inocência, mas um mero estado de inocência*[87]. A rigor, trata-se de demonstrar que se a pessoa está presa não há presunção de inocência, pois em caso contrário ela não o estaria. É um raciocínio circular: parte-se de um dado da realidade para legitimar o mesmo dado. Tal raciocínio é inadmissível no direito brasileiro, diante do expresso reconhecimento, a nível constitucional, do princípio da presunção de inocência (art. 5°, inc. LVII). Outra tese procura explicar a prisão preventiva com fundamento na proibição do processo em ausência[88]; é um raciocínio que converte uma garantia em fundamento para a violação de um princípio de hierarquia superior: a proibição do processo em revelia reforça o princípio da presunção de inocência e não pode legitimar sua violação.

[85] Garófalo, Rafael, *La Criminología*, pp. 453-454.

[86] Schoetensack, August, Christians, Rudolf e Eichler, Hans, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, p. 122 (com prólogo do presidente da Academia de Direito Alemão, Hans Frank, e com citação de Gürtner, ministro da Justiça, em *Deutsche Justiz*, 1934, p. 722).

[87] Velez Mariconde, Alfredo, op. e loc. cit.

[88] Binder, Alberto, op. e loc. cit.

8. A prisão preventiva é um problema crucial do saber penal, pois se trata da pena de prisão mais usual. Esse fenômeno predomina em toda a América Latina e não é novo, porquanto são inúmeros os autores que prestam informações a esse respeito no século XIX[89]. O problema do preso sem condenação não se resolve só com a abreviação dos prazos processuais, se os tribunais continuarem adotando a prisão preventiva como pena[90]. Aliás, a redução dos prazos processuais a qualquer preço é perigosa: o processo penal, se acelerado, sofre a ameaça do *sumaríssimo*, se delongado[91], a do *inquisitório*. Junto ao critério substantivista que a legitima como pena (*substantivismo autoritário*) há outro, de origem liberal, que remonta pelo menos a Beccaria[92], que reconhece sua essência penal, a fim de reduzi-la ou suprimi-la (*substantivismo liberal*)[93]. Nesta vertente encontram-se os autores que a deslegitimam completamente, opinião que vai rapidamente adquirindo adeptos[94], com a proposta de um processo sem detenção preventiva[95]. A partir do contratualismo moderno ela é deslegitimada

[89] A título de exemplo, Arenal Concepción, *Estudios penitenciarios*, pp. 10 ss.

[90] Uma prisão cautelar em função da gravidade do crime atribuído ao réu equivale a "punir sem processo", afirmou o STF (ministro Sepúlveda Pertence, RHC 68.631); para Roberto Delmanto Júnior, ela "assume aspectos de *justiça sumária*" (As Modalidade de Prisão Provisória, Rio, 2001, ed. Renovar, p. 11). Já se observou que as necessidades da instrução criminal não sofrem qualquer interferência da gravidade do crime (Tissot, Olivier de, *Le Temps des Suspects*, Doitiers, 1979, ed. Balland, p. 87).

[91] Cf. Cosacov, Gustavo, Gorenc, Klaus Dieter e Mitrani, Abraham Nedelstricher, *Duración del proceso penal en México*, p. 13.

[92] *Dei delitti e delle pena*, § XIX; Carrara, Francesco, em *Opuscoli di Diritto Criminale*, Prato, 1889, IV, pp. 297 ss e VI, pp. 245 ss; a respeito disso, De Benedetti, Isidoro, em *Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, pp. 755 ss; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, p. 185.

[93] Dentro dessa corrente merecem ser citados Ferrajoli, op. cit. p. 570; e Zamora Pierce, Jesús, no âmbito americano, com *Garantías y proceso penal*, p. 326.

[94] Via de regra, apesar de nem todos os autores se animarem a uma deslegitimação radical, pode-se assinalar uma resistência generalizada à prisão preventiva, que, a um século de distância, reitera a tensão com a presunção de inocência e a aplicação restritiva (assim sustentava Bardelli, Niccoló, *La libertà individuale nella constituzione e nelle leggi ordinarie*, pp. 19 ss). Contemporaneamente, Pavarini se refere a uma pena antecipada como *erosão processual da pena* (em Cadoppi, A. e outros, *Introduzione*, I, p. 323); Rodríguez Ramos, Luis, em LL, Madri, 1987, II, pp. 1078 ss, a considera uma autêntica pena antecipada; Douglas Cassel, em *Revista de Derecho Penal*, nº 13, p. 45. ss, refuta os argumentos de periculosidade; Gimeno Sendra, Vicente, em PJ, 1986, pp. 47 ss, também trata de sua restrição; González Vidaurri, Alicia, Gorenc, Klaus Dieter e Sánchez Sandoval, Augusto, *Control social en México D.F.*, p.136, cuidam dos aspectos fácticos da prisão preventiva; López Borja de Quiroga, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a um juicio justo*, p. 129 ss, centra sua atenção nas dilações processuais; Beiderman, Bernardo, em *Festschrift till Jacob W. F. Sundberg*, p. 17, trata das garantias do preso sem condenação; Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, pp. 169 ss, analisa os limites postos pela CIDH.

[95] Assim Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, pp. 566 ss.

em sua forma atual, sendo apenas admitida, em termos que passam por perto da utopia, como uma custódia compensada, que só seria legítima se não afetasse nenhum dos demais direitos da pessoa e em condições tais que fossem ambicionadas por outros, o que leva a pensar em uma espécie de *spa* para processados[96]. Vários autores sustentaram posições deslegitimantes da prisão preventiva[97]. Em síntese, nenhuma racionalização pôde evitar a consequência de que *a prisão preventiva, salvo os poucos casos em que a coerção administrativa direta a legitima, é uma pena antecipada, que às razões que deslegitimam o poder punitivo em geral soma a flagrante e incontestável violação do princípio da presunção de inocência*. A única posição coerente é a do substantivismo autoritário; para aqueles que não compartilham seus fundamentos, não resta outro caminho senão concluir por sua ilegitimidade.

II. Interdisciplinaridade com o direito da execução penal

1. A execução da sanção civil apresenta poucos problemas porque não altera a natureza do disposto na sentença. Algo parecido sucedia quando o poder punitivo se concentrava nas penas físicas, mas desde que as penas institucionais predominaram a situação mudou, porque *a execução da sentença altera a natureza do objeto*: a sentença impõe uma pena que, em geral, implica uma ingerência na existência da pessoa, isto é, a tomada ou expropriação de um tempo existencial desta, mas que na sentença não se expressa nesses termos, mas sim em tempo físico ou linear. A contradição entre o tempo físico da condenação e o tempo existencial da concreta execução da pena é posta em relevo pelo absurdo de certas condenações a penas que excedem o tempo de vida da pessoa, absurdo que as leis modernas procuram impedir para evitar que aquela contradição se evidencie. Trata-se de dois tempos diferentes: o mensurável (assimilável ao espaço) e o vivenciado[98]; a pena é pronunciada no primeiro mas executada no segundo. Em outras palavras: a execução da sentença condenatória penal implica a gestão concreta de uma pessoa que tem necessidades fisiológicas, afetivas, intelectuais e sociais próprias, de acordo com suas reais características e que se vivenciam em um projeto existencial que envolve o tempo como essência. Durante um determinado período tal pessoa deve ser tratada com todo esse conjunto de necessidades e, em cada momento, a coerção pública deve

[96] Cf. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, apesar de desembocar em um critério periculosista (p. 145).

[97] Vitale, Gustavo, em *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Univ. Nac. de Comahue, 1993, pp. 90 ss; García Vizcaíno em ED, 1981, 92, p.931.

[98] Cf. Minkowski, Eugene, *Il tempo vissuto*, p. 14; Messuti De Zavala, Ana, *El tiempo como pena;* em sentido similar, embora referente ao "tempo-ilusão da física", Prigogine, Ilya, *El nacimiento del tiempo*, p. 22 e *¿Tan sólo una ilusión?*, p. 121.

continuar mantendo um limite que não pode ser estabelecido de antemão na sentença, pois esta só se expressa em tempo linear. A pena da sentença é quase o limite do calendário e do relógio para um futuro sofrimento existencial: o pouco mais que pode fazer é assinalar, muito genericamente, alguns fatores do sofrimento futuro (institucionalização total, submissão a vigilância etc.), mas a condenação é sempre um momento restritivo ou condicionante do projeto existencial do apenado, que se desenvolve no tempo de cada um. Em consequência, ocorre que o tempo físico pode dimensionar-se por um único ato, porém o tempo existencial não pode expropriar-se a não ser mediante uma longa sucessão de atos, na qual cada um deles deveria ter limites, sendo contudo impossível impô-los previamente e, menos ainda, levá-los a cabo com igual intensidade de sofrimento no tempo existencial de cada pessoa que é, por essência, um dado individual e dinâmico. Com essas e outras palavras, há alguns anos afirmou-se que a sentença penal é modificável em todas as suas circunstâncias de duração e forma, em vista das alterações que se produzem durante a execução da pena[99].

2. Tal disparidade fez com que em todos os tempos se tenha tratado de normatizar a execução das penas, em especial as institucionalizantes, para regular os atos com os quais o sofrimento se torna efetivo durante o tempo autorizado pelo tribunal, cabendo lembrar a obsessão de igualar a dor nas penas corporais, que levou Bentham a projetar sua máquina de chicotear e os franceses a inventar a guilhotina[100]. O certo, porém, é que essas regulações raramente logram limitar de modo eficaz atos de imposição do sofrimento, mas com frequência se cingem a privilegiar exclusivamente a ordem nas instituições totais, escudando-se em um discurso de melhoramento da pessoa, o que resulta em duplo autoritarismo: o da função tácita (seguridade institucional) e o da própria função manifesta (negação da pessoa).

3. Tais normas são necessárias a quaisquer instituições em que sejam executados os sofrimentos limitados pela sentença, pois, por um lado, nenhuma delas funciona sem ordem administrativa e, por outro, porque devem dispor também de diretrizes sobre o tratamento deferido aos institucionalizados. Os regulamentos penitenciários do século XIX[101] foram a primeira manifestação normativa dessa natureza. Tal necessidade confundiu a doutrina[102], de vez que, embora se tratasse de disposições de ordem administrativa, evidenciava-se que aquelas diretrizes indispensáveis ao tratamento penitenciário não podiam alterar a natureza da pena, tornando inegável a íntima relação das referidas disposições com as leis penais (reguladoras de seu âmbito de eficácia); por último, o peso da tradição que rege a execução das sanções dos demais ramos do direito (e do próprio direito penal concernente às penas corporais) no aspecto processual tampouco é evitável. Portanto, não é de se estranhar que aos regulamentos penitenciários se tenha atribuído caráter administrativo[103], penal[104] ou processual[105], segundo a preferência dos diversos autores e períodos. Sua natureza não é indiferente quanto às consequências e naquilo que acarreta à própria técnica legislativa da matéria: se for penal, deve respeitar a legalidade e todos os princípios que balizam sua interpretação; se se tratar de direito administrativo nada disso acontece; e se for direito processual, no que tange à doutrina predominante, os princípios do direito penal terão aplicação em escassa medida.

4. Essas discussões não são resolvidas com a concessão do caráter de disciplina autônoma, critério que foi sustentado, primeiramente, mediante o nome de *direito penitenciário* (em vista do amplo predomínio das penas privativas de liberdade e a preocupação de garantir a ordem nas prisões)[106], e depois com os de *direito da execução penal, direito penal executivo* ou *direito executivo penal*. A primeira denominação não é recomendável, pois parece reduzir-se à pena de prisão e, além disso, remonta às penitências religiosas da *Idade Média*[107]. Em que pese a consagração de sua autonomia científica[108] seguiu-se discutindo acerca da aplicação da lei mais favorável (*lex favorabilior*) ou da lei mais idônea para a

99 Silvela, Luis, *El derecho penal*, pp.452 ss.

100 Bentham, *Teoría de las penas y de las recompensas*, I, p. 72 (*Théorie des peines et des récompenses*, I, p. 92); Arasse, Daniel, *La ghigliottina e l'immaginario del terrore*.

101 Estudados no Brasil, no final do século XIX, por A. Bezerra R. Moraes, Estudo sobre os Systemas Penitenciários, Rio, 1915 (2ª ed.), ed. Jacintho. O regulamento penitenciário da Casa de Correção do Rio de Janeiro (dec. nº 8926, de 13.out.1910), inspirado no regime auburniano – cf. art. 2º – previa sanções disciplinares, entre outras, a *"restrição alimentar"* e a *"imposição de ferros"* (art. 79, incs. 5º e 6º), esta última provinda diretamente da disciplina penal dos escravos no código imperial. Sobre este regulamento, cf. Augusto Accioly Carneiro, Os Penitenciários, Rio, 1930 (2ª ed.), ed. H. Velho, pp. 195 ss; sobre os sistemas penitenciários, por todos, A. Bergamini Miotto, Curso de Direito Penitenciário, S. Paulo, 1975, ed. Saraiva, 2 v., pp. 589 ss.

102 O tema permaneceu longo tempo em uma zona nebulosa entre o jurídico e a técnica que se chamou "ciência penitenciária". Dentro dessa nebulosidade várias obras podem ser citadas: Berenger, *De la répression pénale*; Salillas, Rafael, *La vida penal en España*; o trabalho pioneiro na América Latina, Ciência penitenciária, do paranaense João Chaves. Sobre a dinâmica ideológica na França, Badinter, Robert, *La prision républicaine*.

103 Luder, Italo A., em LL, t. 90, pp. 879 ss.; De Marsico, p. 343; Grispigni, I, pp. 288 ss.

104 Esse parece ter sido o critério da União Internacional de Direito Penal; cf. também Gómez, I, p. 117.

105 Pessina, I, p. 7, dividia o procedimento em judicial e executivo, assim como Jofré, Tomás, *Código de Procedimiento Penal*, p. 280.

106 Novelli, Giovanni, em *Rivista di Diritto Penitenziario – Studi teorici e pratici*, vol. IV, 1933, I, pp. 5-56; Siracusa, N., *Instituzioni di Diritto Penintenziario;* Bernaldo De Quiróz, Constancio, *Lecciones de derecho penitenciario*, pp. 12 ss.

107 Cf. Luder, Italo A., em LL, t. 90, pp. 879 ss.; igualmente sobre essas origens, Chaves, João, Ciência penitenciária, pp. 11 ss.; Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho penitenciário*, p.61.

108 Sobre o assunto, Fabbrini Mirabete, Julio, *Execução penal*, p. 34; García Ramírez, Sergio, *La prisión*, p. 32; García Valdez, Carlos, em CPC, nº 30, 1986, pp. 661-671; Mapelli Caffarena, Borja, em *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11, 1986, pp. 453 ss.

ressocialização (*lex aptior*)[109], deixando a salvo apenas a legalidade da pena imposta[110]. Um setor doutrinário continuou considerando que o direito da execução penal abarcava disposições *das três disciplinas*[111], em oposição ao que defendia sua *autonomia*[112]. É inquestionável que normas penais executivas não podem afetar garantias constitucionais, qualquer que seja sua natureza, assim como *que não pode faltar em qualquer legislação atual um conjunto de normas positivas que se relacionem com os diversos sistemas de penas, com os procedimentos de aplicação, execução ou cumprimento das mesmas, com a custódia e tratamento dos internos e a organização e direção dos estabelecimentos penitenciários*[113], ou seja, uma legislação penal executiva que necessariamente mantenha estreita relação de complementação com a legislação penal, independentemente da autonomia científica do saber que a interprete e da conveniência de sua codificação, tendência que vem se impondo nas últimas décadas. Não se trata tampouco de ignorar seu caráter de saber jurídico, posto em relevo pela intensa atividade internacional a seu respeito, desde o Congresso de Londres de 1872[114]. Os penitenciaristas, aliás, têm suas próprias figuras científicas, apesar de não se poder ignorar a íntima vinculação ideológica delas com os penalistas (*John Howard*[115], *Concepción Arenal*[116], *"El coronel Montesinos"*[117], *Maconochie* etc.)[118]. A cooperação internacional na matéria, durante o Congresso de Genebra de 1955, resultou na aprovação das *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos*, revisadas em Kioto (1970) e, posteriormente, em Tóquio, das *Regras Mínimas para as Medidas Não-privativas de Liberdade*[119].

[109] Cf. Luder, Italo A., *El sistema jurídico de la ejecución penal*, p. 13.

[110] Por todos, Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, p. 10.

[111] Assim, Maggiore, I, p. 52; Del Rosal, I, p.23.

[112] Cuello Calón, Eugenio, op. cit., p.12; García Ramírez, Sergio, *El art. 18 constitucional*.

[113] Pettinato, Roberto, em *Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal*, p. 13.

[114] No que tange à sua elaboração no Congresso de Cincinatti em 1870, pode-se verificar o resumo do delegado colombiano Enrique Cortés, em *La cuestión penal*, bem como, sobre o Congresso de Londres, *Stato attuale della riforma penitenziaria in Europa e in America*.

[115] Howard, John, *Prisons and Lazarettos*, vol. I, *The state of prisons in England and Wales*.

[116] Arenal, Concepción, *Estudios penitenciarios*; *Obras completas*. Detalhes descritivos de seu trabalho em Campoamor, Clara, *El pensamiento vivo de Concepción Arenal*; Gómez Bustillo, Miguel R., *Concepción Arenal – su vida y su obra*; Salilas, Rafael, Azcárate, Gumersindo de, Sánchez Moguel, Antonio, *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura*.

[117] Rico De Estasen, José, *El coronel Montesinos, un español de prestigio europeo* (prólogo de Marañón)

[118] Cf. Gómez, Eusebio, *Criminología argentina*, pp. 126-144. Cabe lembrar Varela, Luis V., *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario*; Sarmiento, Domingo F., em *Obras completas*, X, pp. 22 ss.

[119] Em Jesus, Damásio E.de, *Regras de Tóquio. Comentários às regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não-privativas de liberdade*; Rodríguez Manzanera, *La crisis penitenciaria*, p. 125.

5. O que se deve resolver não é a questão da autonomia legislativa nem acadêmica, mas sim da teórica, quer dizer, da autonomia do saber que interpreta essas leis. Uma ordem do saber jurídico se autonomiza teoricamente conforme seja necessário para sua funcionalidade; logo, o que se deve decidir é se um saber referido às normas organizadoras das instituições penais e determinantes do tratamento para com as pessoas submetidas ao sofrimento que implica a execução de uma pena cumpre ou deve cumprir uma função diferente daquela que incumbe aos demais ramos do saber penal quanto à sua tarefa comum de proporcionar conhecimentos redutores do poder punitivo, úteis ao poder jurídico. Essa questão deve ser respondida afirmativamente, porquanto se trata de normas que regulam um objeto diferente daquele de que se ocupa o saber penal. *Não incide aqui o saber que procura pôr limites ao poder punitivo, e que leva a um pronunciamento habilitador do prosseguimento de um processo de criminalização secundária, mas sim um outro saber, que limita o poder punitivo exercido no tratamento a ser ministrado a uma pessoa submetida a um sofrimento em seu tempo existencial.* Este segundo saber é tão necessário quanto o primeiro, pois um poder punitivo que opere sem limites quanto ao tratamento, desde a condenação até a extinção da pena, implicaria plena arbitrariedade na faceta mais real da pena: a pena privativa de liberdade se converteria em um sequestro estatal da existência da pessoa por completo, com o que esta perderia seu próprio caráter de pessoa. O direito penal constrói uma teoria da coerção que tem por objeto conter o poder punitivo no momento declarativo (a individualização judicial), mas não abarca sua realização total sobre a pessoa no mundo (a mal chamada *individualização penitenciária*).

6. A autonomia do direito da execução penal, na condição de saber limitador do poder punitivo no período de seu exercício como execução da pena, proposta nestes termos e mediante a já citada funcionalidade, ao participar da empresa limitadora de tal poder, deve ser regida de acordo com todos os princípios interpretativos que regem o direito penal em acepção estrita. O apelo à *lex aptior*, a fim de eludir a lei mais benigna, carece de sentido quando se nega a função da pena, por desconhecida. Uma colocação idealista e dedutiva concluiria não ser possível atribuir qualquer função a algo que não se conhece[120]. Contudo, deixado de lado o idealismo dedutivo e reconhecida a realidade do poder punitivo, a conclusão será bem diferente: *o fato de não dispor a pena de função conhecida não implica que ela não exista, mas sim que falta ao poder punitivo legitimidade, impondo-se, portanto, sua redução. No direito penal consegue-se isso com uma limitação redutora dos pronunciamentos que permitem a passagem de poder punitivo em termos de tempo mensurável; no direito da execução*

[120] No caso da prisão, pode-se observar a crítica às finalidades que lhe atribui o discurso jurídico em Mathiesen, Thomas, *Prison on Trial*.

penal, obtém-se algo semelhante limitando os fatos concretos de sofrimento nos quais se traduz o exercício real do poder punitivo sobre a pessoa criminalizada. A função do direito da execução penal é a de um saber redutor do poder punitivo no curso da concreta inflicção do sofrimento declarado na sentença[121]. Sabe-se que a criminalização secundária e a prisonização surtem efeitos estigmatizantes e deteriorantes; este dado da realidade impõe ao direito da execução penal, como função, reduzir ao mínimo tais efeitos. Por outro lado, é fato notório que, de uma maneira geral, a criminalização obedece mais à vulnerabilidade do que ao delito, ou seja, à disposição do autor para a criminalização, em especial quando ela resulta de um estado altamente vulnerável (classe social, instrução, vizinhança, características físicas, idade, gênero etc.). Diante de tais constatações, deve-se conferir também ao direito da execução penal a função de oferecer (não impor) à pessoa a possibilidade de reduzir seu nível de vulnerabilidade.

7. No direito penal construído sobre teorias positivas da pena, a execução penal pretende basear-se em alguma das ideologias de melhoramento, quando não em mera renúncia a qualquer melhoramento, em função de uma tese retribucionista traduzida na mera inflicção de um mal. Ambas as posições entram em contradição com a prisão como instituição essencialmente *deteriorante*[122], pois no primeiro caso não melhora por meio de qualquer ação reintegradora e, no segundo, tampouco *torna casta a pessoa*, como a etimologia exige da ideia de *castigo*. Porém, independentemente do conteúdo autoritário ou antiliberal no campo ideológico, trata-se de um discurso absurdo diante da realidade carcerária latino-americana[123], o que evidencia seu fracasso, que levou alguns autores – em especial nos Estados Unidos – a concebê-lo como uma técnica normativa para manter a ordem em um depósito deteriorante de pessoas[124]. Uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo rompe a alternativa entre os ideólogos do melhoramento e os do depósito[125], porque não impõe a tarefa

[121] Inclusive nas propostas mais radicais a respeito da prisão, observa-se uma sadia tendência para a redução e contenção. Desse modo, Mathiesen, Thomas (em *The politics of abolition*), que começou propondo a abolição total da prisão, sem alternativas que se convertessem em apêndices e não em substituições, passou a sugerir uma moratória na construção de cárceres (em *Contemporary Crises*, nº 10, 1986, p. 81 ss, versão espanhola em *Abolicionismo penal*, p. 109 ss). Finalmente, ele indica a redução de dois terços da população carcerária em *Prison on Trial*, pp. 160 ss.

[122] Desde o século passado, Kropotkine, Pedro, *Las prisiones*, já o assinalava.

[123] Não muito diferente da que descreve Concepción Arenal em seus *Estudios penitenciarios*.

[124] A alternativa que a crise suscita foi enfatizada por diversos autores; Eusebi, Luciano representa todos, em DDDP, 3/94, pp. 83 ss.

[125] Com razão tem-se afirmado ser necessário redefinir o conceito de ressocialização para não incorrer seja em idealismo seja no cinismo da nova penologia estadunidense (Baratta, Alessandro, em *La pena – Garantismo y democracia*, p. 76).

impossível pretendida pelos primeiros nem se compraz com *a* deterioração[126] como os segundos: reconhece a realidade operativa do poder punitivo (seleção pela vulnerabilidade) e propõe, como parte de um esforço jurídico generalizado para sua redução e contenção, a minimização do efeito deteriorante no processo de sofrimento da pena e, se possível, a oferta de uma oportunidade de redução do nível de vulnerabilidade.

8. Em síntese, a autonomia do direito da execução penal se explica porque sua função redutora é particular e diferente daquela do direito penal, e se concretiza no objetivo de velar para que o tratamento imposto a quem sofre o poder punitivo seja de tal natureza que a deterioração e a estigmatização se reduzam ao mínimo possível, bem como lhe seja oferecida a melhor condição de baixar o nível de sua própria vulnerabilidade. Essa função redutora, específica e constitucionalmente indispensável, requer um saber distinto do direito penal para uso do poder jurídico, que deve exercê-la por intermédio dos juízes da execução penal provocados pelas medidas processuais adequadas. Através desses procedimentos preserva-se o plexo de direitos dos presos[127]. Tratando-se de um saber de caráter jurídico, cabe esclarecer que o direito da execução penal não deve ser confundido com outros saberes não-jurídicos, como a penologia e a gestão penitenciária.

9. Constituindo a execução penal um objeto distinto da declaração penal da sentença, que opera como simples limite máximo atualizado – ao longo de um processo – pela concreta intervenção executória, é indispensável um controle judicial específico, que garanta ao condenado os direitos não atingidos pela pena privativa de liberdade, e decida sobre os múltiplos incidentes que se apresentam em tais circunstâncias. Esta "jurisdicionalização" da execução penal está programada, no Brasil, pela Lei de Execução Penal (LEP), a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, mas é ilusório supor que a fragmentada e cotidiana gestão da inflição de sofrimento possa ser efetivamente controlada pela agência judicial. Na verdade, afora os grandes movimentos (progressões de regime, livramentos condicionais etc.) ou os abusos mais escandalosos (espancamentos seguidos de morte, excessos exasperados de execução etc.), a microfísica das opressões penitenciárias, capilarizada e subterrânea, escapa ao olhar do juiz. Uma pequena resenha das previsões, nos regulamentos, projetos de lei e na própria legislação, de castigos disciplinares, poderia aclarar essa afirmação.

[126] Flora Giovanni, e Tonini, Paolo sublinham a necessidade de evitar a deterioração carcerária, em *Nozioni di diritto penale*, p. 154.

[127] Disso trataram Krantz, Sheldon, *Corrections and Prisioner's Rights*, pp. 131 ss; Rivera Beiras, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, pp. 333 ss; igualmente o último citado e Salt, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos;*cf.ainda Fragoso, Heleno *et alii*, Direitos dos Presos, Rio, 1980, ed. Forense.

10. O regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro, de 1910, previa como pena disciplinar não somente a "reclusão na célula" como também a "restrição alimentar" e a "imposição de ferros"[128] – esta última, uma técnica coercitiva que o Código imperial reservava aos escravos, complementando a execução da pena de açoites. Quando, em meados dos anos vinte, Augusto Accioly Carneiro visitou a Penitenciária de São Paulo, onde se dizia ocorrerem permanentes espancamentos, não lhe foi permitido visitar a seção do estabelecimento onde se encontravam os punidos[129]: a invisibilidade das práticas disciplinares reais, quase sempre arbitrárias, constitui longa tradição nas instituições prisionais brasileiras. Quatro anteprojetos de lei para regulamentar a execução penal foram produzidos no Brasil[130]. O primeiro deles, completamente dominado por uma visão positivista médica e antropológica, elaborado por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho em 1933 e submetido à Câmara dos Deputados dois anos depois, ainda que banisse os "castigos corporais", além da imposição geral de silêncio contemplava como sanções disciplinares o "uso de uniforme listado", a "supressão de luz na célula", a "permanência em regime celular até 15 dias", a "reclusão em célula disciplinar" e a perda do direito de petição[131]. O segundo anteprojeto, de fato elaborado por Oscar Stevenson – o vice-presidente de uma comissão designada pelo ministro da Justiça, em 1956 –, introduzia o princípio da legalidade em fórmula clara, e significativamente proscrevia não só "castigos corporais", como também "restrições de alimento" e "imposição de vestes listadas", porém o "confinamento em célula disciplinar até trinta dias", com "recreio de uma hora depois de dez dias", figurava como sanção disciplinar[132]. O anteprojeto que Roberto Lyra elaborou em 1963 não previa as sanções disciplinares em espécie, ainda que recomendasse que nenhuma delas ofendesse a saúde ou a dignidade humana[133]. Por fim, o anteprojeto de 1970, elaborado por Benjamin Moraes Filho, comprometido com a legalidade das sanções disciplinares, também contemplava o "isolamento em cela de segurança", garantido banho de sol diário[134]. Se deixarmos o nível da programação em anteprojetos que não se converteram em lei para irmos ao encalço da história da "cela surda" – onde só excepcionalmente não ingressa um interno antes espancado – nos regulamentos penitenciários, nas normas que efetivamente regiam as tensões prisionais, encontraremos, no Regulamento Penitenciário do Estado da Guanabara, contemporâneo do último dos anteprojetos, o "isolamento em cela de segurança especial" como sanção disciplinar[135]. Em 1957, dentro do quadro constitucional que reservava à União Federal legislar sobre "normas gerais (...) de direito penitenciário", uma lei tentou suprir essa estupenda lacuna (lei nº 3.274, de 2.out.57), não se detendo, contudo, sobre infrações e sanções disciplinares. A Lei de Execução Penal (lei nº 7.210, de 11.jul.84), cujo anteprojeto foi elaborado por uma comissão de esclarecidos juristas, representou um importante avanço, não apenas pela sincrônica reforma no sistema de penas do Código Penal, como também pela introdução da jurisdicionalização da execução penal e pelo compromisso expresso com a legalidade das sanções disciplinares[136]. Apesar disso, o "isolamento na própria cela, ou em *local adequado* nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo" subsistiu como sanção disciplinar, limitado a trinta dias e com obrigatória comunicação ao juiz[137]. A "cela surda", onde, no século que se encerra, foram confinados internos quase sempre previamente espancados, ao abrigo de autorizações regulamentares ou legais, configura um dos capítulos jamais escritos ou relatados do cotidiano da execução penal, e demonstra como a sentença penal desata procedimentos de inflição de sofrimento que transcendem seus estreitos limites lineares, cujo controle constitui o objeto autônomo e relevantíssimo do direito da execução penal.

III. Interdisciplinaridade com o direito contravencional

1. O direito contravencional possui um altíssimo valor configurador da coexistência cotidiana, cujo potencial é, em certo sentido, superior ao do próprio direito penal, pois são bem maiores sua frequência e proximidade com a experiência cidadã. Quanto mais grave for uma infração, menor será a possibi-

[128] Decreto nº 8.926, de 13.out.910, art. 79, itens 4º a 6º. Propositadamente, não nos ocuparemos do regulamento da Casa de Correção, de 1850, editado por Eusébio de Queiroz – então, Ministro da Justiça – nem do regulamento adotado pelo Decreto nº 8.386, de 14.jan.1882, nem ainda do Decreto nº 3.647, de 23.abr.1900, subscrito pelo presidente Campos Salles e pelo ministro Epitácio Pessoa, todos inspirados no modelo auburniano. Quanto aos dois primeiros, inseriam-se num sistema penal cujo eixo eram as penas corporais, vinculadas ao controle penal do empreendimento escravista; o último, ainda que legislativamente fora deste marco, participa de um sistema penal em transformação, que se recusa a abandonar, na prática, o eixo corporal. A privação da liberdade ainda não é o centro de referência penal; o dispositivo técnico existe, porém espera pela industrialização que lhe conferirá seu protagonismo.

[129] Os Penitenciários, cit., p. 170.

[130] Cf. Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário, Rio, 1978, ed. UFRJ; uma síntese em Bergamini Miotto, Armida, Curso de Direito Penitenciário, S. Paulo, 1975, ed. Saraiva, v. 1º, pp. 109 ss.

[131] Art. 414, al. *c*; art. 610, incs. 2º, 8º, 9º, 10 e 11. Sobre a milenar origem dos preconceitos que historicamente cercaram as vestes listadas, cf. Pastoureau, Michel, O Pano do Diabo, trad. L. Magalhães, Rio, 1993, ed. Zahar.

[132] Arts. 106, 107, 126 inc. 5º e 130.

[133] Art. 51.

[134] Arts. 101, 108 inc. III e 122.

[135] Aprovado pelo decreto N nº 1.162, de 21.nov.68; art. 119, inc. V. Neste regulamento, o condenado recolhido à "cela surda" desfrutava de um banho de sol semanal de uma hora (art. 136).

[136] Cf., por todos, René Ariel Dotti, Reforma Penal Brasileira, Rio, ed. Forense e Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; em sentido crítico, Jackson C. de Azevedo, Reforma e Contra-reforma Penal no Brasil, Florianópolis, 1999, ed. OAB-SC.

[137] LEP, arts.53, inc. IV e 58.

lidade de que um cidadão comum se veja nela envolvido, vivenciando a intervenção penal, dada a excepcionalidade dos conflitos que abarca na vida de relação corrente; mas, inversamente, quanto mais leve for a infração, mais probabilidades de envolvimento direto há de ter o chamado cidadão médio. O critério de que as garantias devem aumentar na razão direta da magnitude do injusto infracional aparelha a consequência paradoxal de outorgar garantias muito maiores ao parricida do que ao contraventor, ou seja, ao delinquente excepcional em detrimento do cidadão comum. Isso leva a uma minimização jurídica discursiva do direito contravencional[138], que produz uma maximização repressiva não registrada nos códigos e leis penais propriamente ditos.

2. O direito contravencional se constituiu historicamente como uma questão urbana, implicando portanto a interferência direta de um poder punitivo municipal, eventualmente referendado a nível provincial. Nos frequentes casos de estados nacionais que se reservavam o poder criminalizador primário, colocava-se uma contradição entre o monopólio legislativo penal nacional e o direito contravencional legislado em sedes municipais. Pretendeu-se superar essa contradição com o lamentável argumento de negar ao direito contravencional natureza penal, outorgando-lhe cariz administrativo, o que significa negar-lhe as garantias construídas para conter e limitar o poder punitivo, franqueando-o aos piores abusos. Cabe afirmar, lisa e firmemente, que o direito contravencional, que resulta na aplicação de penas, é direito penal e deve respeitar todas as garantias constitucionais de índole penal ou processual penal. A posição administrativista legitimou a tradicional arbitrariedade policial na matéria, consagrando, de fato, um direito de periculosidade sem delito a ser manejado por funcionários administrativos, aos quais chegou-se a atribuir funções jurisdicionais para tal finalidade.

3. Quando se tornou confusa a diferença entre o direito penal e o administrativo, com a intenção de fazer o segundo avançar sobre o primeiro, apelou-se para a existência de um injusto penal qualitativamente diferente do contravencional, valendo-se de todos os autores que haviam pretendido estabelecer distinções ônticas entre delito e contravenção, embora não postulassem a natureza administrativa destas últimas. Em resumo, a consequência prática dessa discussão terminava igualmente na potestade jurisdicional da polícia e de funcionários e tribunais administrativos, isto é, na concessão de atribuição jurisdicional

[138] Sobre a minimização das garantias nessa matéria, também Bucheli Mera, Rodrigo, em *Justicia penal en el Ecuador*, p. 108; na Argentina sobram exemplos no que tange ao controle dos deserdados no campo durante o século XIX; e quanto ao controle de negros libertos, no nordeste brasileiro, discorreu Huggins, Martha Knisely, em *From slavery to vagrancy in Brazil*.

ao poder executivo ou a seus subordinados. É curioso que se tenha recorrido a Feuerbach, que considerava contravenções os hoje chamados delitos de perigo[139]. Em meio a esse enorme esforço doutrinário para legitimar institutos monárquicos dentro de um marco republicano, invocaram-se autores clássicos e, em síntese, sustentou-se que as infrações à ordem administrativa constituiriam um injusto eticamente indiferente, ou melhor, seriam delitos de mera criação política, quer dizer, simples transgressões às leis positivas.

4. Há sempre uma petição de princípio jusnaturalista nesse tipo de distinção[140], a partir da qual se desdobraram as velhas tendências que pretendiam diferenciar delitos e contravenções por via qualitativa e, portanto, reservar o direito contravencional para o poder de polícia administrativo. No campo da pretensão abertamente administrativista, a teoria que alcançou maior ressonância foi a do direito penal administrativo sustentada por James Goldschmidt, apesar de provir de um esquema político monárquico (o do império alemão de Guilherme II) e da ordem burocrática de Bismarck, pouco compatíveis com cenários constitucionais republicanos[141]. Sua teoria se baseava no fato de que o direito penal se ocupa da delimitação das esferas individuais (dos homens como indivíduos), ao passo que o bem público, por superar o individual, é uma questão que compete à ordem administrativa do estado. Partindo dessa diferença entre o *homem-indivíduo* e o *homem-membro*, concluía ser o delito a lesão aos deveres correspondentes à primeira qualidade, enquanto a lesão aos da segunda configuram contravenções administrativas. Hippel rechaçava a teoria de Goldschmidt, por ser a mesma pouco clara, afirmando pertencerem as contravenções ao direito penal material[142]. Anos depois, Mattes[143] também reagiu, chegando à conclusão de que não é possível distinguir entre a ordem jurídica e a ordem administrativa material, o que parece irrefutável: a infração da ordem jurídica não extrai seu desvalor do quebrantamento de um valor de ordem, mas sim de sua incompatibilida-

[139] Cf. Herzog, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsoge*, pp. 7 ss.

[140] O conceito de "delito de polícia" de Carmignani, devido à sua vacuidade, foi criticado pelo próprio tradutor. Observa-se em Feuerbach, *Lehrbuch*, pp. 20-21, a mesma indeterminação. Köstlin, Christian Reinhold, o identificou com os delitos de perigo abstrato, em *Neue Revision*, p. 28. As diversas posições emergidas desde o século XVIII em Padovani, T. (org.), *Diritto Penale in Transformazione*, pp 421-464.

[141] Goldschmidt, James, *Das Verwaltungsstrafrecht – Eine Untersuchung der Grenszgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechstsvergleichender Grundlage;* Goldschmidt – Anders, em *El derecho penal administrativo*, pp. 59 ss.; assim como, no mesmo trabalho, Gavier, Ernesto, pp. 29 ss.; Goldschmidt, Roberto, em LL, t. 74, pp. 844. Análise detida em Jakobs, pp. 62-69.

[142] Hippel, II, p. 117. Nélson Hungria afirmou que a construção doutrinária de Goldschmidt se ressentia de um "artificialismo que não pode ser dissimulado" (Comentários, II, p. 37).

[143] Mattes, Heinz, em ZStW, 1970, pp. 25 ss.; a obra fundamental de Mattes, Heinz e Mattes, Herta é *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*.

de com o fim pleno de valor buscado pelo direito. Mattes contesta igualmente a teoria da criação política, porque o direito não pode limitar-se a recolher o eticamente desvalorizado. Uma posição próxima à de Goldschmidt havia sido sustentada por Erik Wolf [144] e Hubernagel[145].

5. Estabelecida a ideia de que não existe outra diferença entre delito e contravenção senão a puramente quantitativa[146], os códigos contravencionais não podem desconhecer nenhum dos princípios aos quais deve ater-se o exercício do poder punitivo, de acordo com a Constituição da República e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, nem tampouco podem ignorar, evidentemente, os princípios limitadores expressa ou tacitamente previstos no Código Penal ou na Constituição. A ideia de que não existe diferença qualitativa entre crime e contravenção acabou prevalecendo no Brasil, sendo bem representada por duas metáforas de Nélson Hungria, que poucos meses após a vigência da Lei de Contravenções Penais – LCP (dec-lei nº 3.688, de 3.out.41) chamou as contravenções de "*crimes liliputianos*"[147] e em seus Comentários cunhou para elas a expressão "*crime anão*"[148]. As infrações penais estariam assim, para nós, divididas em duas classes (crimes e contravenções, diferenciados pelas penas – cf. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, dec-lei nº 3.914, de 9.dez.41), ao contrário da tradicional divisão tripartida de outros países. A tripartição das infrações penais em crimes, delitos e contravenções foi divulgada a partir do Código Napoleônico[149], mas tem antecedentes muito mais remotos[150] e, como toda classificação legal das infrações penais, correspondia àquela das penas. No desenho legislativo brasileiro dos anos quarenta, enquanto a pena privativa de liberdade cominada aos crimes assumia as formas da *reclusão* ou da *detenção,* para as contravenções cominava-se a "*prisão simples*", a ser "cumprida,

[144] Wolf, Erik, em *Fest. f. Frank*, pp. 516 ss.

[145] Hubernagel, Gerhard, *Der allgemeine Teil des nichtskriminellen Strafrechts.*

[146] Cf. Cesano, José Daniel, *Materiales para la reforma contravencional*, p. 15.

[147] Entrevista ao jornal estudantil O Gládio, transcrita em Novas Questões Jurídico-Penais, Rio, 1945, ed. Nac. Dir., p. 281.

[148] Comentários, II, p. 39. José Duarte, na trilha de Hungria, afirmou ser "vão pretender diferenciar qualitativamente, ou melhor, pela natureza intrínseca, os crimes e contravenções" (Comentários à Lei das Contravenções Penais, Rio, ed. Forense, v. I, p. 91). Uma resenha de autores brasileiros que se inclinavam pela distinção qualitativa em Jardim Linhares, Marcello, Contravenções Penais, S. Paulo, 1979, ed. Saraiva, v. I, p. 15.

[149] A esse respeito, cf. Salvage, Philippe, p. 67; Larguier, Jean, p. 60; sua crítica em Jacques-Henri, p. 95; sobre a classificação bipartida na Alemanha, Roxin, Claus, Arzt, Günther e Tiedemann, Klaus, p. 101; e acerca da distinção tripartida inglesa, Stephan, James Fitzjames, em *A history of the Criminal Law of England*, II, p. 192. Entre os autores antigos, Carnot, *Commentaire*, pp. 4-5; Dalloz e Vergé, *Les codes annotés*, p. 932; Chaveau e Hélie, VI, p. 301.

[150] Podem ser remontados à Carolina e a outros códigos preliberais, cf. Hippel, II, p. 94.

sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum". Na verdade, tal "estabelecimento especial" e tal "seção especial de prisão comum", salvo nos sonhos de papel de alguns dispositivos daqueles anteprojetos de código de execução penal já mencionados, que não se converterem em lei, jamais foram construídos, e portanto nenhuma diferença real se estabeleceu. Na reforma de 1984, que deslocou a ênfase para os regimes de execução penal, restringiu-se a execução da pena de prisão simples aos regimes semi-aberto e aberto (vedado pois o regime fechado), e essa foi a única especificidade que ela mereceu no tratamento geral das *penas privativas da liberdade*, que davam então, mesmo sem clara percepção disso pela doutrina, seu primeiro passo rumo à unificação (cf. art. 105 ss LEP e art. 6º LCP).

6. Pode-se objetar, a respeito da diferença meramente quantitativa das contravenções, que algumas delas têm penas maiores do que as de certos delitos leves, o que revelaria sua maior gravidade e rechaçaria a distinção quantitativa. No direito brasileiro, existem contravenções às quais é cominada prisão simples até dois anos (p. ex., art. 24 LCP e art. 75 da lei nº 9.615/98), patamar máximo superior ao de inúmeros crimes (p. ex., arts. 129, 132, 136 e 146 CP). Essa constatação não compromete inteiramente a distinção quantitativa, embora implique reconhecer sua insuficiência para esclarecer, com exclusividade, a natureza jurídica das contravenções. É que, mesmo quando a pena da contravenção ostenta uma escala superior a de alguns crimes, não acarreta as mesmas consequências. A contravenção não admite aplicação extraterritorial da lei brasileira (art. 7º CP), nem extradição (art. 77, inc. II da lei nº 6.815/80); perante elas, o escusável desconhecimento da lei pode eximir de pena (cf. art. 8º LCP e art. 21 CP); a reincidência em contravenção não impede a conversão da privação de liberdade em pena restritiva de direitos (art. 44, inc. II CP) nem a concessão do *sursis* (art. 77, inc. I CP); a anterior condenação por contravenção não supre a condição para reconhecer-se a reincidência, quando de posterior cometimento de crime (art. 63 CP); desfigurada a reincidência, a condenação contravencional não afeta o curso da prescrição (art. 117, inc. VI CP); tampouco esta condenação implica revogação obrigatória do *sursis* (art. 81, inc. I CP) ou do livramento condicional (art. 86, incs. I e II CP). Portanto, a despeito da aparente contradição radicada no fato de certas contravenções serem punidas com penas privativas de liberdade aritmeticamente mais elevadas do que aquelas cominadas a alguns crimes, esse conjunto de benefícios depõe em favor de uma ordem infracional de menor gravidade, de cujo reconhecimento não deriva imperativamente que a menor gravidade se verifique na escala penal de cada caso. Constituem-se, assim, as contravenções como um direito penal especial, historicamente ligado ao interesse governamental de fortalecer o Poder Executivo – ao qual, como veremos em seguida, se atribuiu por longo período seu processo e até

mesmo seu julgamento – que se procurou afastar das garantias constitucionais e hoje também internacionais que objetivam conter ou reduzir o poder punitivo, apelando-se discursivamente para a já mencionada teoria de Goldschmidt.

7. O altíssimo valor configurador da coexistência cotidiana do direito contravencional, mencionado ao início do presente tópico, pode ser evidenciado através de breve visita à história do direito penal brasileiro. Nosso código imperial agrupava as contravenções – sob o sugestivo título "Dos crimes policiaes" – em sua Parte IV (arts. 276 ss): lá encontramos a vadiagem (art. 295), a mendicância (art. 296), o "nome suposto" (art. 301), o porte de gazuas ou petrechos similares (art. 300), reuniões ilícitas (art. 282), oficinas de impressão, litografia ou gravura clandestinas (art. 303), a celebração de culto religioso diverso do oficial (art. 276), casa de tavolagem (art. 281) etc. A essas contravenções se agregariam aquelas "contra a polícia e economia particular das povoações", legisladas pelas câmaras municipais, e conhecidas por "posturas municipais" (art. 308, § 4°). Naturalmente tais posturas recorriam a penas corporais quando o transgressor fosse escravo: ao lado dos açoites, contemplados no código segundo uma engenharia legal que delegava ao senhor parte da execução (art. 60), encontraremos nelas um instrumento da disciplina penal escravista doméstica, a palmatória, que sobreviveria em nossas escolas na primeira metade do século XX como um testemunho acerca da insuficiência das fronteiras meramente legais para discernir o exercício do poder punitivo. Participar o escravo dos festejos do entrudo, estar nas ruas após o toque de recolher, lançar lixo fora do local apropriado, cantar ou batucar após 21:00 hs, jogar ou beber eram condutas que o submeteriam a duas ou quatro dúzias de palmatoadas. O código penal de 1890 previa as contravenções em seu Livro III (arts. 364 ss): além de manter muitos dos "crimes policiaes" do código imperial – como a vadiagem (art. 399), a mendicância (arts. 391 a 393), a casa de tavolagem (art. 369), o "nome suposto" (art. 379), as oficinas gráficas clandestinas (art. 383) etc. – nele encontraremos a embriaguês (art. 396), o plantio de árvores "que se embaracem nas linhas telegráficas ou telefônicas" (art. 389), a conduta de "conservar soltos ou guardar sem cautelas animais bravios" ou "loucos confiados a sua guarda", ou mesmo receber em casa "sem aviso prévio à autoridade (...) pessoas afetadas de alienação mental" (art. 378), cabendo destacar a criminalização da arte marcial negra definida na lei como "exercício de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem" (art. 402)[151]. Não é difícil perceber como essas contravenções, sediadas no cotidiano dos escravos e dos desclassificados (e depois dos escombros sociais da abolição) habilitavam vigilância e intervenção penal. Essa vigilância se realizaria com maior eficiência através de agências executivas. Com efeito, o código de processo criminal imperial, de 1832, atribuiu originalmente

[151] Um estudo específico da capoeira como motivo de repressão penal contra negros deve partir da obra fundamental de Carlos Eugênio Líbano Soares, A Negregada Instituição, Rio, 1999, ed. Access.

ao juiz de paz não apenas a supervisão da clientela contravencional (estranhos, vadios, mendigos, bêbados, prostitutas e suspeitos em geral – art. 12, § § 1° a 3°), como também o julgamento das contravenções às posturas e aos crimes punidos com multa até cem mil réis e prisão, degredo ou desterro até seis meses, o que abrangia a maior parte dos "crimes policiais" (art. 12 § 7°). Como se sabe, a reforma da lei n° 261, de 3.dez.841, deslocou tais atribuições para autoridades policiais (art. 4°, § 1°)[152]. Essa jurisdição dos Chefes de Polícia e Delegados foi extinta em 1871 (lei n° 2.033, de 20.set.871, art. 9°), subsistindo neles, contudo, funções judiciárias de instrução, competindo-lhes "o preparo do processo dos crimes de que trata o art. 12, § 7° do código de processo criminal até a sentença exclusivamente" (art. 10)[153]. Esse modelo – que remontava à experiência lusitana – foi observado na primeira república, que delegara aos estados-membros a função de legislar em matéria processual penal. Na Consolidação das Leis do Processo Criminal do Distrito Federal que Edgard Costa empreendeu[154], a partir de trechos da Constituição, de leis, decretos e avisos, o procedimento de ofício quanto às contravenções pela autoridade policial (art. 31, inc. II e art. 278 ss) estava previsto e regulamentado. O modelo chegou ao Código de Processo Penal de 1941, segundo o qual o procedimento penal das contravenções poderia iniciar-se de ofício, mediante portaria da autoridade policial ou do juiz, ou a requerimento do Ministério Público (art. 531). Durante a ditadura militar, o modelo prestou-se aos delitos praticados na circulação viária (lei n° 4.611, de 2.abr.65). Só com a Constituição da República, em 1988, atribuindo privativamente ao Ministério Público a iniciativa da ação penal pública (art. 129, inc. I) as agências executivas do sistema penal brasileiro perderam a função jurisdicional instrutória que exerceram quase sesquicentenariamente.

IV. Interdisciplinaridade com o direito penal militar

1. Remontam à Antiguidade normas penais especificamente dirigidas às atividades militares, cuja aplicação tocava ao comandante. Como se pode constatar em fontes romanas, o poder punitivo exercido na administração provincial estava em grande parte concentrado neste direito penal militar[155]. Ainda que alguns autores usem a expressão "direito da guerra" para referir-se a tal conjunto de normas, sua eficácia não dependia absolutamente da existência conco-

[152] O Regulamento n° 120, de 31.jan.842, pormenorizou tais atribuições: cf. arts. 3°, inc. 4°, e 58, inc. 6°.

[153] O procedimento policial de ofício para as contravenções foi previsto pelo decreto n° 4.824, de 22.nov.871, que regulamentou a lei n° 2.033/871.

[154] Rio, 1919, ed. L. Ribeiro de Maurillo.

[155] Cf. Mommsen, Theodor, *Le Droit Romain*, trad. J. Duquesne, Paris, 1907, ed. A. Fontemoing, v. I, p. 32; Giordani, M. C., Direito Penal Romano, Rio, 1997, ed. L.Juris, pp. 113 ss.

mitante de uma guerra. Por outro lado, as características da organização militar impunham uma inexorável comistão entre transgressões disciplinares e delitos, com intenso emprego da pena de morte e de penas corporais, cabendo observar que o direito penal militar romano desconhecia a distinção, fundamental no direito comum, entre delitos privados e públicos. A influência dessas normas – com todos os problemas delas decorrentes – foi milenar[156]. As etapas mais recentes deste percurso assinalam, com significativas diferenças entre diversos países, o movimento que poderia chamar-se de "domesticação constitucional" do direito penal militar, transferindo seu centro de gravidade teórico do marco histórico do poder disciplinar-penal em mãos da autoridade militar para uma agência judiciária que, embora atendendo às peculiaridade da criminalização castrense, observe os princípios limitadores e as garantias individuais. No Brasil, a Justiça Militar foi constitucionalizada em 1934, estando contemplada em todas as Cartas subsequentes[157]. Dispomos de um Código Penal Militar (CPM) e de um Código de Processo Penal Militar (CPPM)[158] que em certos aspectos estiveram mais avançados teoricamente do que a legislação comum[159]. Durante a ditadura militar, atribuiu-se à Justiça Militar competência para processar e julgar os crimes então chamados contra a segurança nacional, instaurando-se uma crise de legitimidade pelo evidente abuso que consistia em submeter civis à jurisdição militar. O novo desenho constitucional, que restringe a competência da Justiça Militar ao processo e julgamento dos crimes militares – cujo conceito, especialmente na convivência com os crimes comuns, constitui o grande problema técnico do direito penal militar[160] – avançou na superação daquela

[156] Como exemplo, compare-se o texto de Modestino, segundo o qual se alguém entrar no acampamento transpondo a paliçada ou os muros deveria ser morto ("*Nec non et si vallum quis transcendat, aut per murum castra ingrediatur, capite punitur*" – D. XLIX, XVI, 3, 17) com o artigo 13 dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, de 1763 (que vigoraram no Brasil, e aos quais retornaremos mais tarde): "Nenhuma pessoa de qualquer grão, ou condição que seja, entrará em qualquer Fortaleza, senão pelas portas, e lugares ordinários, sob pena de morte", e ainda com o item 5° do artigo 1° de nossa lei n° 631, de 18.set.1851, que punia com a morte "os que entrarem nas fortalezas sem ser pelas portas e lugares ordinários".

[157] Cf. arts. 122 a 124 CR.

[158] Respectivamente, Dec-lei n° 1.001, de 21.out.69 e Dec-lei n°1.002, de 21.out.69.

[159] Por exemplo, foi no CPM que se encartou pioneiramente o princípio de exigência de culpabilidade quanto ao resultado nos crimes preterdolosos; cf. Nilo Batista, Notas sobre o artigo 34 do CPM, *in* Revista STM, Brasília, 1977, n° 3, pp. 35 ss.

[160] Cf. Álvaro Mayrink da Costa, Crime Militar, Rio, 1978, ed. Rio; Jorge Alberto Romeiro, Curso de Direito Penal Militar, PG, S. Paulo, 1994, ed. Saraiva, pp. 66 ss; Lobão Ferreira, Direito Penal Militar, Brasília, 1975, pp. 5 ss. Para o direito penal militar brasileiro histórico, cf. Chrysolito de Gusmão, Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. Jacintho, pp. 41 ss; Esmeraldino Bandeira, Curso de Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. F. Alves, pp. 11 ss; Macedo Soares, Código Penal Militar, Rio, 1920, ed. Garnier; Rodrigo Octavio Jordão Ramos, Histórico do STM, *in* Revista STM, Brasília, 1975, n° 1, pp. 11 ss; Carlos Alberto Huet de Oliveira Sampaio, Justiça Militar Brasileira, *in* Revista STM, Brasília, 1976, n° 2, pp. 65 ss.

crise de legitimidade. Inscrito na Constituição e por ela regido, o direito penal militar exprime um direito penal especial e implica portanto um saber especial, vertido para sua interpretação. Sem embargo de iniciativas pontuais, como as referidas na última nota, a doutrina brasileira não tem dedicado a este campo de investigação dogmática sumamente interessante uma reflexão constante e densa.

2. Observa-se no CPM um dispositivo (art. 19) destinado a banir do discurso jurídico-penal-militar as "infrações dos regulamentos disciplinares", que são respondidas, como se sabe, por autênticas penas, inclusive privação da liberdade, contra as quais o CPPM explicitamente exclui o emprego de *habeas corpus* (art. 466, par. ún., al. *a*). Cria-se, deste modo, uma "zona franca" de exercício do poder punitivo sob argumento disciplinar infensa ao controle jurisdicional, ou pelo menos ao remédio imediato para a ilegalidade ou o abuso de poder. Isso é tanto mais perigoso quanto se recorde que as penas disciplinares militares são extremamente severas; durante o império, apenas escravos e soldados eram submetidos a penas corporais, e se em 1886 a pena de açoites foi abolida para os escravos, subsistiu para os soldados até o início do século XX, como demonstra suficientemente o episódio de 1910 conhecido por revolta da chibata[161]. A inserção da Justiça Militar na Constituição estimula a tarefa de explorar as possibilidades de controle judicial sobre as penas disciplinares militares, tocando ao jurista não renunciar a este campo que, como qualquer outro no estado de direito democrático, não pode ser subtraído aos princípios constitucionais.

3. Cabe mencionar a questão da pena de morte, cuja proscrição constitucional ressalva a situação de guerra. Os crimes militares em tempo de guerra estão previstos no livro II da Parte Especial do CPM (arts. 355 a 408): ao longo dos 53 artigos nos quais se contêm, a pena de morte é cominada nada menos que 35 vezes. Sua execução se dá por fuzilamento (art. 56 CPM), cujos ritos (art. 707 CPPM) provêm de um Regulamento de 20.fev.1708 (art. 148) que influenciou o Regulamento processual expedido, mediante confusa delegação, pelo Supremo Tribunal Militar em 16 de julho de 1895 (art. 267). Soldados brasileiros integrantes da Força Expedicionária que, na II Guerra Mundial, atuou na Itália, foram condenados à morte por homicídio e estupro, pelo Conselho Supremo da Justiça Militar, em 7 de março de 1945, sendo a pena comutada pelo presidente da República em reclusão por 30

[161] Cf. Edmar Morel, A Revolta da Chibata, Rio, 1963; Nelson Werneck Sodré, História Militar do Brasil, Rio, 1968, ed. Civ. Bras., p. 190. O art. 94 da lei n° 1.860, de 4.jan.1908, que regulava o alistamento militar e reorganizava o Exército, afirmava que "a aplicação do castigo corporal importa em crime previsto nos artigos 303 a 304 do Código Penal, dado que a lesão seja grave ou leve". Durante certo período, no Brasil imperial, a aplicação dos castigos corporais tocava a um órgão designado "*Conselho Peremptório*".

anos. A famigerada legislação penal da segurança nacional equiparava à guerra convencional, externa, aquilo que sua exótica doutrina chamava de "guerra psicológica adversa ou subversiva", na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 11), para fins de cominar a pena de morte a certos delitos políticos conexos, porém o Superior Tribunal Militar invariavelmente reformou as escassas sentenças de auditorias militares que aplicaram a sanção capital. Centenas de comunistas, socialistas e democratas que, sob diversas circunstâncias – que transitam entre a mera simpatia intelectual e a luta armada – procuraram resistir à ordem ilegítima e autoritária, foram torturados e mortos pelo sistema penal da ditadura militar: nenhum deles mediante regular condenação e execução. Um jurista que se submete às restrições discursivas poderia afirmar que o sistema penal da ditadura militar não matou ninguém. O texto constitucional de 1988, mencionando a situação de *"guerra declarada"* com explícita remissão ao dispositivo que a condiciona à agressão estrangeira e à autorização do Congresso Nacional (art. 5º, inc. XLVII, al. *a* CR) impede que as metáforas bélicas ora em cartaz possam, como se deu nas décadas de sessenta e setenta, conduzir à ampliação da pena de morte para além dos crimes militares em tempo de guerra real.

4. No contexto de conflitos armados com a Espanha, o marquês de Pombal solicitou à Inglaterra que indicasse um alto oficial que pudesse reorganizar e comandar as forças portuguesas, recaindo a indicação na pessoa de Wilhelm Schaumburg-Lippe, conde alemão nascido em Londres e com grande experiência militar. O conde de Lippe escreveu um Regulamento, composto de 27 capítulos[162], o penúltimo dos quais intitulado "Dos Artigos de Guerra". Em seus 29 artigos observa-se aquela mescla histórica entre matéria disciplinar (como por exemplo o cuidado com as próprias armas e o próprio uniforme do art. 19) e matéria propriamente penal militar (como por exemplo a covardia em combate do art. 5º), respondidas ambas com a pena de morte – por fuzilamento ("será arcabuzado" – art. 6º) ou forca ("será infallivelmente enforcado" – art. 15) – ou com duas penas corporais – o "carrinho perpetuamente" (argolas de ferro impostas às pernas do condenado) e as pranchadas ("50 pancadas de espada de prancha") – ou ainda com "prisão rigorosa" e finalmente expulsão com infâmia. Nem a transferência da corte para o Brasil, com a criação, por alvará de 1º de abril de 1808, do Conselho Supremo Militar e de Justiça, nem a independência política – quando já existia, desde 1920, a aprovação em Portugal de um projeto de código penal militar (elaborado por comissão nomeada em 1802 e revisto por outra comissão em 1916) que não vingaria –, nem o conjunto de leis, avisos e provisões expedido pelo governo imperial[163], nem por fim o anteprojeto de 1866, redigido por comissão presi-

[162] Regulamento para o Exército e Disciplina dos Regimentos de Infanteria dos Exércitos de S. Majestade Fidelíssima, feito por ordem do mesmo Senhor por Sua Alteza o Conde Reinante de Shaumburg Lippe, Marechal General. Tal Regulamento foi confirmado pelo rei, em 19 de fevereiro de 1763. Cf. E. Bandeira, *op.cit.*, p. 520 ss; Jacy Guimarães Pinheiro, O conde de Lippe e seus Artigos de Guerra, *in* Revista STM, Brasília, 1978, nº 4, pp. 61 ss.

[163] Uma síntese em E. Bandeira, *op. cit.*, pp. 481 ss.

dida pelo conde D'Eu, nada afetou a vigência dos Artigos de Guerra do conde Lippe entre nós, até a república. Dois episódios podem demonstrá-lo. O primeiro é um acórdão do Conselho Supremo Militar de Justiça, de 17 de outubro de 1855, condenando um soldado "à pena de carrinho perpétuo"; somente em maio de 1891, após a Proclamação da República, cuja Constituição abolira a pena equiparável de galés, um decreto ordenou a liberação de todos os condenados ao carrinho. O segundo está descrito por uma testemunha *de visu*: dois soldados receberam, durante a guerra do Paraguai, respectivamente 1.500 e 1.800 pranchadas, expediente usado pelo comando para aplicar a pena de morte sem arcabuzá-los, evitando a obrigatória comunicação ao Imperador, que poderia comutá-la, e violando o limite de 50 previsto nos artigos do conde Lippe[164]. Dois meses após a Proclamação da República, o ministro da Guerra Benjamin Constant nomeou comissão para elaborar anteprojetos de códigos de direito penal militar, de processo penal e disciplinar (este último, tomando por base o Regulamento Disciplinar aprovado pelo dec. nº 5.884, de 8.mar.1875). Os anteprojetos de código penal militar e de processo, cujo texto inicial foi elaborado por um dos membros da comissão, o advogado Carlos Augusto de Carvalho, não foram encaminhados, tendo o Governo Provisório editado, através do decreto nº 509, de 21.jun.1890, o Código Disciplinar da Armada, com expressa previsão de penas corporais, entre as quais a golilha – uma argola de ferro cravada num poste à altura do pescoço do padecente, que dessa forma permaneceria obrigatoriamente de pé, alternando-se, como esclarecia a lei, quatro horas de suplício e quatro de descanso. O decreto nº 949, de 5.nov.1890, promulgou o Código Penal da Armada, alterado pelo decreto nº 18, de 7.mar.1891. A lei nº 612, de 29.set.1899, aprovou tal Código e determinou sua aplicação também ao Exército. Uma grande discussão, da qual participou Rui Barbosa, travou-se acerca da ilegitimidade do Código Penal da Armada, editado através de um decreto. Em 16 de julho de 1895, o Supremo Tribunal Militar, com base em autorização legislativa igualmente discutível (dec. legislativo nº 149, de 18.jul.1893, art. 5º, § 1º), editara o Regulamento Processual Criminal Militar. O fato é que o Código Penal da Armada constituiu o texto legal fundamental do direito penal militar brasileiro (em 1941, logo após a criação da Aeronáutica, a ela foi estendido) até 1944, quando o decreto-lei nº 6.227, de 24.jan.44, promulgou um Código Penal Militar. Quanto ao processo, o Regulamento ditado pelo STM começou a sofrer alterações a partir de 1920 (decreto nº 14.450, de 30.out.20), passando a denominar-se Código da Justiça Militar em 1922, sendo substituído – mantida a denominação – pelo dec. nº 925, de 2.dez.38. Com a participação dos professores Ivo d'Aquino e Benjamim Moraes Filho, o governo militar editou, em 1969, os vigentes Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, já citados, bem como uma lei de Organização Judiciária Militar (dec.-lei nº 1003, de 21.out.69), que desde 1º de janeiro de 1970 regem a matéria entre nós.

[164] Cf. Dionísio Cerqueira, Reminiscências da Campanha do Paraguai, Rio, 1980, ed. Bib. do Exército, pp. 90 ss. O general Dionísio Cerqueira menciona a ocorrência de dois outros episódios similares, aos quais não presenciou. Coincidentemente, o código imperial também limitava em 50 o número máximo de açoites que poderia ser infligido ao escravo num só dia (art. 60).

V. Interdisciplinaridade com o direito penal da criança e do adolescente

1. No transcurso do século XX configurou-se um *direito do menor* (no sentido objetivo) de discutível autonomia científica[165], mas que se realizou em vários textos legais[166]. A ideologia tutelar que o gerou cumpriu a função de acobertar a carência de políticas sociais a respeito da infância e da adolescência, mediante os conceitos de *situação irregular* e de *abandono material e moral*, que propiciavam uma indiscriminada intervenção judicial ou apenas administrativa. Todas as contradições do poder punitivo se exacerbam quando seus objetos são as crianças e os adolescentes: a desumanidade, a ineficácia preventiva, a violência e a seletividade ficam em total evidência. No plano discursivo se efetua uma transferência de responsabilidade para a "família desestruturada" e, por meio dela, para os pais, ou seja, os adultos. A expressão, corrente nos meios judiciários, "família desestruturada" não representa apenas uma ingênua contradição de termos, cumprindo importantes tarefas práticas na seletividade do sistema penal ao deslegitimar toda e qualquer forma de organização distinta daquela patriarcal, hierarquizada e esponsalícia[167]. Em suma, afirma-se que são os adultos desestruturados que produzem adolescentes infratores, ou seja, os delinquentes adultos se reproduzem. Esta foi a velha visão do positivismo racista, que perdura em grande parte. Para escapar das contradições do poder punitivo e colocá-lo a salvo de sua evidência, crianças e adolescentes foram excluídos do discurso penal, submetidos a um poder punitivo regido por um discurso tutelar[168]. Talvez tenha sido nesse âmbito onde o positivismo alcançou seu objetivo: atribuiu às penas o nome de *medidas* e eliminou os controles judiciais e os limites liberais sob o pretexto da tutela. Desta maneira impôs plenamente o princípio inquisitório, com todas suas consequências penais de fundo e de processo. As medidas impostas a adolescentes e a crianças, quando configuram institucionalizações, têm os efeitos deteriorantes das instituições totais agravados de uma maneira considerável, porque a deterioração institucional costuma produzir efeitos mais permanentes num indivíduo jovem do que em um adulto; uma vez empreendida, seja com o nome que for, pode provocar estragos irreversíveis, pois não opera no efeito regressivo com que atua sobre o adulto, mas sim de modo diretamente impeditivo da aprendizagem de sociabilidade mais ou menos comum da pessoa[169].

2. A ideologia tutelar originária se consolidou no 1° Congresso Internacional de Tribunais para Menores (Paris, 1911), onde ficou claramente estabelecido que a função dessa justiça era a defesa social diante da infância delinquente das classes subalternas. Este alvo social do novo direito pode ser claramente percebido em nosso primeiro Código de Menores (dec. n° 17.943-A, de 12.out.27). Afinal, quem seriam concretamente os "menores abandonados", caracterizados nos incisos do artigo 26 como aqueles "que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência", por causa de "indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais", ou por se encontrarem "em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem" ou ainda "excitados habitualmente para a gatunice", ou finalmente cujos pais tenham sido condenados "a mais de dois anos de prisão por qualquer crime", senão os filhos da pobreza? Quem, senão eles, estaria "vagando habitualmente pelas ruas e logradouros públicos" (art. 28, al. *a*)? A conjuntura higienista dos anos vinte buscava também regular a ablactação, e o velho sistema das *rodas* era proscrito pelo artigo 15, muito embora em São Paulo tenha subsistido até 1948[170].

[165] Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em *Universidad*, pp. 259 ss.

[166] Os textos latino-americanos podem ser encontrados em García Méndez, Emilio, e Beloff, Mary (orgs.), *Infancia. Ley y democracia en América Latina*.

[167] Estudando procedimentos contra adolescentes infratores, Vera Malaguti Batista observou que "toda a realidade antropológica de organização da família afro-brasileira sobrevivente da escravidão, aonde a mulher tem um papel 'agregador' é desprezada e é entendida pelo seu contrário" (Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro, Rio, 1998, ed. F. Bastos, p. 109). Cf. Gizlene Neder, Ajustando o Foco das Lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil, Rio, 1994, mimeo; Luiz Tarlei de Aragão, Mãe Preta, Tristeza Branca, *in* Berlinck, M. Tosta (org.) Clínica do Social: Ensaios, S. Paulo, 1991, ed. Escuta. Afirma Luiz Edson Facchin: " O desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural" (O Impacto das Mudanças Sociais no Direito de Família, Coimbra, *Studia Iuridica* 48, *Colloquia* 6, p. 14). Cf. ainda Ana Carla Harmatiuk Matos, As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina, Rio, 2000, ed. Renovar; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A Família no Direito Penal, Rio, 2000, ed. Renovar.

[168] Moreno, Antonio, considerava-os incapazes de "vontade criminal", em *Niñez abandonada y delincuente*, p. 38; Coll, Jorge Eduardo, resgata a lei inglesa de 1908, julgando-a a mais completa, e a "carta magna dos menores", *Congreso Penintenciario Nacional*, p. 75; em sentido análogo no Brasil, Azevedo, Noé, em *A socialização do direito penal*. Bulhões Carvalho preconizava que as "medidas de maior ou menor energia", inclusive "em instituto de internamento", fossem aplicadas "sem qualquer caráter repressivo ou penal" (Direito do Menor, Rio, 1977, ed. Forense, p. 37). Num momento de aflição teórica, a fina sensibilidade de Alyrio Cavalieri constatava ser impossível "afastar o menor de um 'direito penal' entre aspas", de um "direito penal sem pena" (Direito do Menor, Rio, 1978, ed. F. Bastos, p. 114). Para Mendizábel Dias, embora se impunha a privação de bens jurídicos, as medidas educativas não constituiriam pena perante sua finalidade tuitiva (*Derecho de Menores*, Madri, 1977, ed. Piramide, p. 408).

[169] Sobre os efeitos da institucionalização de menores, cf. Hepp, Osvaldo T., em *La internación de menores y los problemas sociales*; sobre a justiça de menores como distribuição de "desprivilégios", Leo, Gaetano, em *La justicia de menores*, p. 19; assim como Albrecht, Peter-Alexis, em *El derecho penal dos menores*, a partir da teoria da etiquetagem, dos estigmas da institucionalização nos menores e os posteriores mecanismos de recrutamento. Cf. Sonia Altoé, De "Menor" a Presidiário: a Trajetória Inevitável? Rio, 1993, ed. Un. Sta. Úrsula.

[170] Cf. Moreira Leite, Miriam L., O óbvio e o contraditório da Roda, *in* Mary del Priore (org.) História da Criança no Brasil, S. Paulo, 1991, ed. Contexto, pp. 99 ss.

3. A legislação para a criança e o adolescente não pode esquecer que faz parte do ordenamento jurídico de um estado de direito e que, como tal, deve oferecer as garantias e os limites para o exercício do poder punitivo das agências administrativas e judiciais. O estado de direito, ao contrário, deve esmerar ainda mais seu cuidado nessa matéria. Por outro lado, não é verdade que as crianças e os adolescentes sejam sempre pessoas incapazes por completo. Este é um dos problemas dogmáticos que se costuma esquecer quando se faz referências às internações e outras penas aplicáveis a crianças. O tribunal para menores, desde sua criação nos Estados Unidos, no fim do século XIX, foi concebido como um organismo paternalista e desjurisdicionalizado, onde só importava a periculosidade, e que passava por cima das garantias individuais e da magnitude do injusto cometido, o qual dispunha apenas de valor sintomático. Tal ideologia, como todo direito tutelar, levou a aberrações, o que não é de estranhar, porquanto a tutela sempre foi o pretexto das leis penais autoritárias e a legislação para crianças e adolescentes com frequência tem se aproximado desses extremos, chegando a privar a pessoa do direito de defesa com o recorrente argumento de que não impõe penas, mas sim proteção[171]. Os abusos dessa desjurisdicionalização levantaram uma onda de críticas, especialmente a partir do paradigmático *caso Gault* nos Estados Unidos, em que um adolescente de dezesseis anos foi internado, sem direito de defesa, até a maioridade, por ter-se dirigido a uma vizinha, pelo telefone, com palavras chulas, fato que para um adulto teria redundado em uma multa de vinte dólares[172]. A partir desse caso inicia-se um movimento contrário de jurisdicionalização do direito penal de crianças e adolescentes, que se encontra em pleno apogeu. Segundo tal perspectiva, afirma-se certeiramente, seguindo Bobbio, que o porvir da democracia não está ligado à criança como futuro cidadão, mas sim como cidadão atual, no sentido pleno da palavra[173]. Os instrumentos básicos que determinam essa mudança de perspectiva em nível internacional são a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança,* as *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil* (conhecidas como *Regras de Beijing*) e as *Regras Mínimas das Nações Unidas para Jovens Privados de Liberdade* (conhecidas como *Diretrizes de Riad*)[174]. Suas manifestações legislativas mais importantes

[171] Sobre esse efeito perverso, Cantarero, Rocío, em *Delicuencia juvenil*, p.129.

[172] Uma informação completa sobre o caso, em James, George B., *Gault and the Juvenile Court revolution.* Uma crítica clássica à ideologia tutelar: Platt, Anthony M., *L'invenzione della delinquenza.*

[173] Baratta, Alessandro, *in* García Méndez, E. e Beloff, Mary (orgs.)., *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires, 1998, p. 50; Bustos Ramírez, Juan (em NDP, 1997/A, pp. 63 ss.) reivindica o direito penal para não cair na fraude de etiquetas, mas com um alcance mínimo e disponibilidade de alternativas.

[174] García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina.*

no continente são nosso *Estatuto da Criança e do Adolescente* (1990)[175] e a *Lei da Justiça Penal Juvenil da Costa Rica* (1996)[176].

4. A *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* estabelece que os estados partes velarão para que nenhuma criança seja submetida a torturas nem a tratamentos e a castigos cruéis, inumanos ou degradantes, nem privada de sua liberdade ilegal ou arbitrariamente (art. 37, alíneas *a* e *b*); ela terá direito a um imediato acesso à assistência jurídica para impugnar a ilegalidade de sua privação de liberdade ante um tribunal imparcial e independente, e a uma imediata decisão da referida ação (art. 37, alínea *a*); serão respeitadas suas garantias de presunção da inocência, de ser informada sem demora e diretamente a respeito das acusações que pesam contra si; disporá de adequada assistência jurídica na preparação e apresentação de sua defesa; terá direito a recorrer da sentença que a declarar culpada para um tribunal independente e imparcial e sua privacidade será respeitada em todas as fases do processo (art. 40). A Convenção só admite a privação de liberdade como medida excepcional e pelo menor tempo possível. Seguindo a linha da Convenção, a lei nº 8.069, 13 de julho de 1990, denominada *Estatuto da Criança e do Adolescente*, afastou-se da tradição que coloca a criança em uma ambígua situação de compaixão, repressão e tutela, distinguindo os programas assistenciais federais, estaduais e municipais (política social) do procedimento originado do chamado *ato infracional* cometido por um adolescente. Neste último caso o adolescente não pode ser detido, salvo se se tratar de flagrante (art. 106), quando sua detenção deverá ser comunicada de imediato à autoridade judicial e à família (art. 107), e a respectiva internação, antes da

[175] Munir Cury, Amaral e Silva e E. García Mendez (orgs.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, S. Paulo, 1992, ed. Malheiros; Tânia da Silva Pereira (org.), Estatuto da Criança e do Adolescente, Rio, 1992, ed. Renovar; Luís Edmundo Labanca, Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, Rio, 1991, ed. Forense; Antônio Carlos Gomes da Costa, De Menor a Cidadão, Brasília, s/d, ed. Min. Ação Social; Deodato Rivera (org.) Brasil-Criança-Urgente, S. Paulo, 1990, ed. Columbus; Mario Volpi (org.) O Adolescente e o Ato Infracional, S. Paulo, 1999, ed. Cortez; Conceição Mousnier, O Ato Infracional, Rio, 1991, ed. L. Juris; Carlos Magno Nazareth Cerqueira e Geraldo Prado, A Polícia diante da Infância e da Juventude: Infração e Vitimização, Rio, 1999, ed. F. Bastos; Márcio Mothé Fernandes, Ação Sócio-educativa Pública, Rio, 1998, ed. L. Juris; Paulo Lúcio Nogueira, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, S. Paulo, 1991, ed. Saraiva..

[176] Tiffer Sotomayor, Carlos, *Ley de justicia penal juvenil*; Armijo, Gilbert, *Enfoque procesal de la ley penal juvenil.* Sobre o estado atual da legislação comparada, Beloff, Mary Ana, em García Méndez-Beloff (org.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, pp. 88 ss; Carranza, Elías e Cuarezma Terán, Sergio J., *Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua*; García Mendez, Emilio e Carranza Elías, *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*; Schöne, Wolfgang, em *Jornadas de estudios de la legislación del menor*, pp. 212 ss.; Elbert, Carlos, em CPC, nº 19, p. 215 ss.; Uriarte, Carlos, *Control institucional de la niñez y adolescencia en infracción*; Viñas, Raúl Horacio, *Delicuencia juvenil y derecho penal de menores.*

sentença, pode ser determinada somente por decisão judicial fundamentada e no prazo máximo de quarenta e cinco dias, baseada na prova suficiente de autoria e na confirmação da imperiosa necessidade da medida (art. 108); ele não pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal (art. 110); deve contar com uma adequada defesa técnica e tem a faculdade de interrogar as testemunhas e as vítimas, além do direito de ser ouvido e solicitar a presença de seus pais a qualquer momento do processo (art. 111). Esses padrões internacionais foram recolhidos pela Constituição (cf. art. 227, incs. IV e V CR), antes de se materializarem no Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. Os avanços decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente, no peculiar aspecto da contenção e limitação do poder punitivo que recai sobre adolescentes infratores, são visíveis e sedimentados, até mesmo no plano discursivo: poucos autores e magistrados brasileiros sucumbem hoje à fraude de etiquetas, negando-se a reconhecer o nítido conteúdo penal que participa da natureza de certas medidas sócio-educativas, especialmente daquelas institucionadoras. A observância, para a caracterização do ato infracional, de uma estrita tipicidade derivada da definição legal dos crimes e contravenções, fechando as portas à alternativas teóricas do "desvio de conduta" anteriormente admissível[177], significa estarem agora os adolescentes brasileiros protegidos por um princípio proclamado há mais de dois séculos.

[177] Cf. Alyrio Cavalieri, *op. cit.* p. 141.

§ 15. Interdisciplinaridade construtiva com saberes jurídicos tangentes

I. *Interdisciplinaridade com o direito constitucional*

1. O direito penal e o direito constitucional se vinculam de um modo formal através da supremacia constitucional. Por ser esta o estatuto político do estado, é um lugar-comum ter o direito penal de submeter-se a seu quadro, como corresponde a um estado constitucional de direito[178]. *Constituir* e *estatuir* são verbos de etimologia comum, que evocam o *estatutário*, o *pétreo*: a Constituição é uma lei mais rígida, preservada das decisões das maiorias conjunturais da legislatura ordinária geradora das leis penais comuns, razão por que estas devem estar sempre submetidas àquela e, por conseguinte, o intérprete das leis penais deve entendê-las no âmbito constitucional, ou seja, *o saber do direito penal deve estar sempre sujeito ao que o saber do direito constitucional informar.* Historicamente, a dinâmica de ambos os saberes é quase inextricável, pois o direito constitucional avança em uma constante luta contra o descontrole do poder, que se vale da racionalização de dispositivos penais. De certo modo, é possível afirmar que o direito penal constitucional (as disposições penais constitucionais) precedem ao saber do direito penal.

2. O nexo funcional entre os dois saberes se evidencia na caracterização do direito penal como um apêndice do direito constitucional, em razão de ser o instrumento de contenção do estado de polícia que permanece encapsulado dentro de todo estado de direito historicamente dado. Por isso, em uma exposição do saber penal consciente desses vínculos, é praticamente impossível concentrar tematicamente suas relações com o direito constitucional, por serem elas constantes ao longo de todo o desenvolvimento. A prática de reduzi-lo a um ponto conectivo é fruto da mera consideração vinculante formal, que carece de sentido quando se insere o vínculo funcional político que os amalgama. Devido a tal circunstância, cabe aqui apenas sublinhar

[178] Sobre a aplicação direta da Constituição, García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*; a respeito desta como *"topos hermenêutico"*, Streck, Lênio Luiz, Hermenêutica jurídica e(m) crise, p. 215; também Clavero, Bartomé, *Los derechos y los jueces*; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*. Para o desenvolvimento do estado constitucional na Europa, Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite – legge, diritti, giustizia,* pp. 20 ss. Destacando a necessidade de um conteúdo substancial penal derivado da Constituição, Palazzo, Francesco, Valores Constitucionais e Direito Penal. Cf. ainda Cernichiaro, L. Vicente e Costa Jr., P. José, Direito Penal na Constituição, S. Paulo, 1990, ed. RT; Ribeiro Lopes, M. Antônio, Teoria Constitucional do Direito Penal, S. Paulo, 2000, ed. RT; Shecaira, S. Salomão e Corrêa Jr., Alceu, Pena e Constituição, S. Paulo, 1995, ed. RT; Luiz Luisi, Os Princípios Constitucionais Penais, P. Alegre, 1991,ed. Fabris; Prado, Luiz Regis, Bem Jurídico-penal e Constituição, S. Paulo, 1997, ed. RT.

algumas disposições concretas da Constituição brasileira com implicações penais, sem prejuízo de voltar a esses temas em outros trechos da exposição, mantendo a advertência de que as referências ao saber constitucional são constantes.

3. A primeira disposição constitucional a mencionar é aquela que restringe os meios punitivos dos quais pode valer-se o legislador ordinário (art. 5°, inc. XLVII CR), proscrevendo as penas de morte (ressalvado o direito penal militar em tempo de guerra), as de caráter perpétuo (cláusula impeditiva de efeitos penais que perdurem por toda a vida do condenado), as de trabalhos forçados (vedação que está a impor uma releitura dos dispositivos de execução penal que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho – cf. art. 31 LEP), a de banimento e as penas cruéis (o que implica a proibição de todo e qualquer castigo corporal, bem como daqueles que, mesmo não se exercendo sobre a integridade física do condenado, lhe imponham sofrimento psíquicos ou morais excedentes daqueles conaturais à penal legal; neste sentido, as penas infamantes – que se realizam mediante a execração e humilhação pública do condenado – são obviamente cruéis, e, portanto, igualmente proscritas). Em texto imediatamente anterior (art. 5°, inc. XLVI) a Constituição oferece ao legislador ordinário um cardápio não-exaustivo ("entre outras") de penas a serem cominadas, mencionando a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos: o código penal se vale de todas elas (cf. arts. 32, 33, 43 e 49 CP). Inscrevem-se ainda na Constituição normas gerais sobre a execução da pena privativa de liberdade, garantindo aos presos o respeito à integridade física e moral, determinando critérios gerais de apartação penitenciária e assegurando às presidiárias condições para que possam amamentar seus filhos (art.5°, incs. XLVIII a L).

4. Alguns dos princípios básicos do direito penal figuram na Constituição, como o princípio da legalidade (art. 5°, inc. XXXIX), o da irretroatividade – salvo para beneficiar o réu – da lei penal (art. 5°, inc. XL), o da responsabilidade pessoal (art. 5°, inc. XLV) e o da individualização da pena (art. 5°, inc. XLVI, *caput*). A inimputabilidade por imaturidade até os 18 anos encontra-se também estabelecida constitucionalmente (art. 228). A polêmica questão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas[179] também se apresenta na Constituição, que expressamente a admitiu para três classes de delitos: contra a ordem econômica e financeira,

[179] Sobre essa questão, sempre versada nas inúmeras obras gerais de direito penal econômico, detiveram-se monograficamente muitos autores, entre os quais Bajo Fernandes, M., e García Arán, M., em Martinez-Buján Pérez (org.) *I Congreso Hispano-italiano de Derecho Penal Economico*, 1998, ed. Un. Coruña, pp. 13 ss e 45 ss; Bacigalupo, Silvina, *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, Barcelona, 1998, ed. Bosch; Shecaira, S. Salomão, Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, S. Paulo, 1998, ed. RT; Luiz Flávio Gomes (org.) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias em Direito Penal, S. Paulo, 1999, ed. RT.

contra a economia popular (para ambos os casos, art. 173, § 5°) e contra o meio ambiente (art. 225, § 3°). Até o presente momento, o legislador ordinário não usou o permissivo constitucional para as duas primeiras classes, tendo-o feito contudo em relação aos crimes ambientais (lei n° 9.605, de 12.fev.98, arts. 3°, 21, 22, 23 e 24) de modo confuso e lacunoso, sem a indispensável adaptação – inclusive da perspectiva processual – tal como no modelo francês que o inspirou, merecendo fundadas críticas da doutrina e da jurisprudência[180].

5. Um grave problema do direito penal brasileiro teve origem na Constituição de 1988, e merece especial atenção. No seio da Assembleia Nacional Constituinte, dois grupos políticos aparentemente antagônicos (porém essencialmente unidos na crença de que a criminalização severa de uma conduta constitua um expediente eficaz para evitá-la) propunham obrigações constitucionais de criminalização. Um desses grupos, pela esquerda, sensibilizado pelo preconceito e pelas discriminações raciais entranhadas na formação social brasileira, e também pela inauguração do ciclo político que então se encerrava através de um golpe de estado, ao longo de cujo regime pessoas que por sua classe e condição historicamente estariam isentas da tortura para fins de investigação a ela foram submetidas, resolveu propor a criminalização, sob cláusulas duras, das manifestações de racismo, da quartelada e da tortura. O outro grupo, pela direita, reagiu, propondo que às mesmas cláusulas duras se sujeitassem a luta revolucionária, referida através do emprego da expressão corrente "terrorismo", o tráfico de drogas ilícitas[181] e alguns crimes comuns particularmente graves, optando-se afinal pela designação – até então estranha ao discurso jurídico-penal e ao discurso

[180] Cf. Luiz Regis Prado, Crimes contra o Meio Ambiente, S. Paulo, 1998, ed. RT, pp. 19 ss; Sirvinskas, Luís Paulo, Tutela Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva, p. 25; mais leniente, Mascarenhas Prado, A. Rapassi, Proteção Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 2000, ed. Atlas, pp. 147 ss; TACrimSP, MS n° 349.440/8, 3ª C, Juiz Fábio Gouveia. Importantes autores questionaram, valendo-se de interpretação autêntica que recorreu aos debates constituintes, a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: cf. Reale Júnior, Miguel, A lei dos crimes ambientais, RF 345/121 ss; Dotti, René Ariel, A incapacidade penal da pessoa jurídica, em Régis Prado, Luiz (org) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, S. Paulo, 2001, ed. RT, p. 141 ss; nesta mesma obra, do próprio Luiz Regis Prado, pp. 101ss.

[181] Para uma noção da relevância política da criminalização das drogas, Rosa del Olmo, A Face Oculta da Droga, trad. T. Ottoni, Rio, 1990, ed. Revan; da mesma autora, *Prohibir o Domesticar?*, Caracas, 1992, ed. N. Sociedad; da mesma, *Geopolitica de las Drogas, in Análisis*, Medellin, v. 2, n° 1, pp. 56 ss; da mesma (org.), *Drogas – El conflicto de fin de siglo, in Cuadernos Nueva Sociedad*, Caracas, 1997, ed. N. Sociedad; Sauloy, M. e Le Bonniec, Y. *A qui profite la cocaïne?*, Paris, 1995, ed. Calmann-Levy; Choiseul Praslin, C.H., *La Drogue – une économie dynamisée par la répression*, Paris, 1991, ed. CNRS; para a política criminal brasileira, cf. Carvalho, Salo, A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio, 1996, ed. Luam e Nilo Batista, Política Criminal com Derramamento de Sangue, *in* Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, Rio, 1998, ed. F. Bastos, n° 5-6, pp. 77 ss; para os efeitos de tal política no controle dos pobres urbanos, cf. Vera Malaguti Batista, *op. cit.*.

criminológico – de "crimes hediondos". Esta apertada síntese explica a origem dos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5° da Constituição: no primeiro e no terceiro deles, a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional eram programados para criminalização, com as restrições de inafiançabilidade e imprescritibilidade; no segundo, programava-se, sob cláusulas de inafiançabilidade e impedimento de graça ou anistia, a criminalização da tortura (afinal consumada através da lei n° 9.455, de 7.abr.97), do tráfico de drogas ilícitas (já presente na lei n° 6.368, de 21.out.76) e do terrorismo, determinando ainda que a tais cláusulas restritivas se submetessem os ilícitos "definidos como crimes hediondos". O legislador ordinário, a partir da lei n° 8.072, de 25.jul.90, ampliaria as restrições constitucionais (por exemplo, proibindo também o indulto e a liberdade provisória, pretendendo reduzir a apelação em liberdade, e principalmente impedindo a progressão de regime na execução penal) sobre alguns delitos que elegeu como "hediondos", criando praticamente um subsistema penal específico, repleto de problemas que refogem aos limites dessa exposição[182]. Interessa-nos aqui apenas um aspecto, comprometedor da constitucionalidade da obra legislativa ordinária sobre "crimes hediondos". A palavra "hediondo" não dispõe de denotação técnico-jurídica (como, mesmo com as dificuldades da distância histórica, disporia por exemplo a palavra *atroz*, reconduzível a classe medieval dos *crimina atrociora*) cabendo portanto buscar, a partir do léxico comum, referências que permitam o exercício da relação semântica que seu emprego pressupõe. "Hediondo" provém do espanhol *hediondo*, que significa fedorento, fétido, malcheiroso. Os dicionários de português registram ser esta sua "acepção primitiva" (Cândido de Figueiredo), ainda que hoje em dia "pouco usada" (Aurélio). É possível, sem embargo da preferência dos textos pelo adjetivo *nefando*, que o delito-pecado da sodomia, cuja simples menção corromperia o ar, segundo as Afonsinas[183], mais que a *merdimbuca* punida em lei geral por Dom Diniz e presente em inúmeros forais[184], tenha atraído e transportado o qualificativo *hediondo*, meio clandestinamente, pelas tavernas nas quais a prática

[182] Sobre o tema, cf. a obra fundamental de Alberto Silva Franco, Crimes Hediondos, S. Paulo, 2000,ed. RT; Zacharias Toron, Alberto, Crimes Hediondos – O mito da repressão penal, S. Paulo, 1996, ed. RT; Lopes Monteiro, A., Crimes Hediondos, S. Paulo, 1996, ed. Saraiva; Vani Bemfica, T., Crimes Hediondos e Assemelhados, Rio, 1998, ed. Forense; João José Leal, Crimes Hediondos, S. Paulo, 1996, ed. Atlas; cf. ainda diversos autores *in* Fascículos de Ciências Penais, P. Alegre, 1990, ed. Fabris, v. 3, n° 4.

[183] "somente falando os homens nele sem outro algum ato, tão grande é o seu aborrecimento que o ar o não pode sofrer, mas naturalmente é corrompido, e perde sua natural virtude" (Ord. Afo. V, XVII).

[184] "Dom Diniz etc. estabelecemos e pomos por lei que todo homem ou mulher que a outrem meter ou mandar meter merda em boca que morra" (Albuquerque, M. e Borges Nunes, E. (orgs), Ordenações del-Rei Dom Duarte, Lisboa, 1988, ed. F. C. Gulbenkian, p. 176); para os forais, cf. Thompson, Augusto, Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro, S. Paulo, 1976, ed. RT, p. 47.

judiciário-penal costuma recobrar energia depois de dias trabalhosos. Figurativamente, a palavra adquiriu três sentidos: 1°. repugnante, repulsivo, nojento (que evoca seu odor etimológico); 2°. pavoroso, medonho, horrendo; 3°. abjeto, depravado, vicioso. Os dois primeiros sentidos exprimem uma reação subjetiva perante o objeto hediondo, de aversão no primeiro e de receio no segundo: dessa forma, não exprimem propriamente uma condição ou qualidade do objeto, senão os sentimentos que ele desperta, inconstantes, mutáveis e dependentes de determinações históricas concretas. É evidente que ambos devem ser abandonados, porque nem mesmo um funcionalista completamente embriagado concordaria em extrair o conteúdo da ilicitude de um tipo legal de reações e sentimentos de terceiros. O terceiro sentido contém uma reprovação moral, que pode incidir sobre elementos tão díspares quanto o meio empregado ou a quantificação do dano. Na verdade, para que o legislador ordinário cumprisse o mandamento constitucional – que é o de definir em lei os crimes "hediondos" – o caminho desse terceiro sentido conduz a uma irremissível petição de princípio, porquanto dizer que o crime hediondo é aquele abjecto não passa de um retorno infecundo ao mesmo lugar de onde se partiu. O texto constitucional obrigava o legislador ordinário a, escolhendo alguns critérios discursivamente legitimados (bem jurídico ofendido, meios e modos de execução, graduação do dolo, variáveis vitimológicas etc.), estabelecer previamente os requisitos cuja presença nos casos concretos – sugerindo alguma analogia com os demais delitos selecionados pelo constituinte – implicassem nas restrições impostas pela Constituição. Ao invés disso, o legislador abriu o código penal e, perpassando-lhe as páginas, elegeu alguns delitos – aos quais outros se acrescentaram, à flor das vagas do noticiário (o homicídio de uma atriz da TV Globo produz a lei n° 8.930, de 6.set.94) ou de campanhas políticas (um ministro da saúde com aspirações presidenciais produz as leis n° 9.677, de 2.jul.98, e 9.695, de 20.ago.98) – para considerá-los "hediondos" e pois submetê-los a regime jurídico especial e mais severo. Aí está a questão, no caráter arbitrário dessa legislação, que contrariou o preceito constitucional: o constituinte pediu que aquelas restrições fossem impostas a ilícitos "definidos como crimes hediondos", e o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituição pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos "crimes hediondos", e ele respondeu com uma seleção arbitrária, é dizer, uma rotulação sem método ou critério. Parece óbvio que o inciso XLIII do artigo 5° da Constituição, no que tange aos ilícitos "definidos como crimes hediondos", é uma norma de eficácia limitada, dependente de lei ordinária que discrimine taxativamente os elementos, disponíveis no conceito analítico do delito, que caracterizem a "hediondez". Trata-se de uma estrutura normativa que evoca as leis penais em branco, na modalidade básica em que toca ao regulamento "a concreta determinação de algumas características do ilícito configurado"[185]. Ofende

[185] Cf. Bricola, Franco, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, Milão, 1965, ed. Giuffrè, p. 234.

o princípio da legalidade que o legislador, sem a mediação prévia regulamentadora do preceito constitucional, distribua as drásticas restrições – entre as quais um regime executivo de apodrecimento em vida do condenado – a seu bel-prazer, farejando entre os delitos. O Supremo Tribunal Federal algum dia declarará a inconstitucionalidade da legislação sobre crimes hediondos, tal como formulada até agora; bastar-lhe-á aplicar às arbitrárias leis fedorentas o mesmo paradigma utilizado na conclusão de que a limitação constitucional dos juros em 12% ao ano (art. 192, § 3° CR) era ineficaz, à míngua de regulamentação legal[186].

6. Não são menos importantes as normas constitucionais que repercutem diretamente sobre o processo penal, como aquelas relativas à plenitude da defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, à proscrição de provas ilícitas, à publicidade dos atos processuais, à obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, à prisão provisória, ao júri, ao *habeas corpus* etc., numa articulação que é objeto de literatura específica[187].

II. Interdisciplinaridade com o direito internacional público (direito internacional penal)

1. A interdisciplinaridade com o direito internacional sempre foi complexa, mas o incremento de sua frequência vincular, produzido no decorrer do século XX, teve um inevitável reflexo na multiplicação de dificuldades práticas e teóricas. Até algumas décadas atrás era possível sintetizá-la seguindo a linha traçada por Sánchez de Bustamante, que distinguia entre *direito internacional penal* (direito internacional público penal) e *direito penal internacional* (direito internacional privado penal)[188]. O primeiro teria por objeto a tipificação internacional (mediante fontes próprias do direito internacional) dos chamados delitos internacionais e de sua correspondente repressão. O segundo determinaria a competência legislativa e jurisdicional quanto aos delitos (tipificados nas leis

[186] Barroso, Luís Roberto, Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva, p. 334; Nilo Batista, A usura nos tempos do neoliberalismo, *in* Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, n° 3, pp. 215 ss.

[187] Para citar apenas algumas obras gerais: Lauria Tucci, Rogério, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, S. Paulo, 1993, ed. Saraiva; do mesmo e Cruz e Tucci, J.R., Constituição de 1988 e Processo, S. Paulo, 1989, ed. Saraiva; Castanho de Carvalho, Luis G.G., O Processo Penal em Face da Constituição, Rio, 1998, ed. Forense; Scarance Fernandes, A., Processo Penal Constitucional.

[188] Sánchez de Bustamante, *Droit International Public*, IV, pp. 3 ss; Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional*; Vieira, Manuel A., *El delito en el espacio*; Leu, Hans-Joachim, *Introducción al derecho penal internacional penal*, pp. 36 ss; Travers, Maurice, *Le Droit Pénal International*, B. Aires, 1957, ed. Tip. Argentina; Fierro, Guillermo, *La Ley Penal y Derecho Internacional*, B. Aires, 1997, ed. Tip. Argentina.

nacionais) e seus autores. O primeiro seria parte do direito internacional público; o segundo, do internacional privado, sujeito à teoria unimembre de seu conteúdo, que o considera integrado por normas indiretas, conforme a posição predominante na doutrina[189]. Qualquer que seja a adequação da mencionada classificação bipartida, o certo é que, na segunda metade do século XX, o *direito internacional dos direitos humanos* e o *direito internacional humanitário* ganharam, com considerável grau de autonomia, um peculiar impulso no âmbito do direito internacional público. Para além das considerações precisas que devam ser formuladas acerca da natureza das diversas normas, é necessário que, em razão da complexidade e em respeito à clareza expositiva, se distingam, pelo menos, *quatro áreas temáticas de interdisciplinaridade do saber penal com o internacional*: **a)** a do direito internacional penal; **b)** a do direito internacional dos direitos humanos; **c)** a do direito internacional humanitário; **d)** a do direito penal internacional.

2. No tocante ao *direito internacional penal*, cabe assinalar que, quando os estados assumiram a potestade punitiva em detrimento das vítimas dos conflitos, o duelo deixou de ser um modo de estabelecer a verdade para solucioná-los, sendo substituído pela *inquisitio*[190], mas ao mesmo tempo dissolvia-se a *Respublica Christiana*, e a ocupação e a luta passavam a ser a forma de dirimi-los entre os monarcas[191]. As tentativas de conter a disputa entre eles e de estabelecer relações mais ou menos pacíficas acabaram configurando o direito internacional público que, por não dispor de uma organização internacional capaz de suprimir as guerras, foi considerado um *direito anárquico*, circunstância contra a qual reagiram os teóricos, ao aduzirem que a anarquia é o oposto do direito[192]. Trata-se de duas configurações simultâneas e díspares, ou seja, transferiu-se o critério da verdade obtida por luta ou guerra para o direito internacional, ao mesmo tempo em que a verdade por *inquisitio* colonizava todo o saber a partir do penal. O fenômeno não foi bem analisado, mas urge assinalar que o confisco da vítima tornou-se o instrumento de poder que permitiu a corporativização social e, com ela, o recrutamento de grandes exércitos para as guerras, geradoras do moderno direito internacional público. O critério da verdade por contenda não desapareceu do âmbito jurídico, mas se transferiu para o campo internacional, o que demandava seu prévio cancelamento no espaço nacional. Eis, portanto, um fenômeno de poder bifronte (concentração do poder estatal e ruptura do poder feudal), com discursos legitimantes assimétricos.

[189] Lazcano, Carlos Alberto, *Derecho Internacional Privado*; Vico, C. M., *Curso de Derecho Internacional Privado*; Goldschmidt, Werner, *Suma de Derecho Internacional Privado*.

[190] Cf. infra, § 16.

[191] Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra*.

[192] Oppenheim, L. em *Fest. f. Binding*, Leipzig, 1911, I, p. 150.

3. Dentro do direito internacional público, sem levar em conta seus remotos antecedentes, o direito internacional penal (configurador de delinquência e de responsabilidade penal internacional) é um produto contemporâneo, surgido ao término da I Guerra Mundial, quando do Tratado de Versalhes (arts. 227 a 230), que responsabilizava penalmente o destronado imperador da Alemanha, Guilherme II de Hohenzollern, frustrado, na prática, pela negativa da Holanda de entregá-lo. Embora tenha havido tentativas de codificação de crimes internacionais[193], a questão se atualizou a partir da última etapa da II Guerra Mundial, quando se previu a possibilidade de julgar os hierarcas das potências do Eixo e, particularmente, os da Alemanha nazista. A rigor, antes da Grande Guerra duas facções teóricas já vinham disputando o terreno: a alemã, baseada no princípio da soberania dos estados, afirmava que só estes poderiam ser responsáveis internacionalmente, ao passo que a inglesa sustentava que também os indivíduos poderiam ser responsabilizados pelo direito internacional[194]. Contudo, sem dúvida alguma, a questão gerou um amplo debate a partir dos julgamentos fundacionais de Nuremberg e Tóquio[195], cuja valoração foi bastante contraditória no campo jurídico[196].

4. É difícil negar que os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, assim como os demais levados a cabo por tribunais de ocupação, violaram regras que constituem garantias limitadoras do poder punitivo incorporadas ao direito penal liberal (pelo menos a do juiz designado por lei antes do fato e a da legalidade da pena), mas constitui um erro apresentar a questão apenas a partir desse ponto de vista, tanto quanto pretender fazê-lo de uma perspectiva de supralegalidade jusnaturalista. Ambas as posições ocultam a verdadeira dimensão jurídica do fenômeno, fundada no fato de que tais julgamentos propõem uma situação tão extremada que não é possível resolvê-la sem a consideração também extremada da dialética entre poder punitivo e direito penal. Frequentemente tem-se defendido a legitimidade do poder punitivo invocando-se os casos de genocídio, como

[193] Cf. Pella, V. V., em RIDP, 1946, pp. 185 ss; pp. 230 ss; pp. 249 ss; Weber, Hellmuth, em *Internationale Gerichtsbarkeit*; Castejón, Federico, em *Anuario*, Madri, 1953; Levitt, Albert, em RIDP, 1929. Gregory, em *Projet de Code Pénal Universel*, parece ter sido o antecedente mais antigo. Sobre outros trabalhos e precedentes: Donnedieu de Vabres, H., em *Les principes modernes du Droit Pénal International*. Talvez suas raízes possam ser encontradas em Kant, *La paz perpetua, ensayo filosófico*.

[194] A posição inglesa, de Oppenheim, e a alemã, de Hatcek, podem ser confrontadas, cf. Nuvolone, Pietro, em *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, pp. 45 ss.

[195] *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, 4 vols., trata do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, no vol. I, p. 7; o estatuto do Tribunal, p. 10; a acusação, p. 29.

[196] Cf. Röling, B.V., em Bassiouni, M. Cherif e Nanda, Ved P., *A treatise on International Criminal Law*, v. I, pp. 590 ss; Zavala Baquerizo, Jorge E., *La pena, parte especial*, p. 261; Jescheck, H. H., *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*.

pressupostos inquestionáveis em que aquele se torna necessário. Entretanto, basta sobrevoar a história para verificar que o poder punitivo sempre procurou livrar-se de qualquer controle e, quando realmente o conseguiu, fez explodir os estados de direito (sempre precários e periclitantes) e acionou toda sua potência, que culminou precisamente nos genocídios, os quais não são outra coisa senão o mais assombroso produto letal do próprio poder punitivo descontrolado. Passada a ação genocida, apelou-se para o exercício do mesmo poder sobre uns poucos e selecionados genocidas (nos raríssimos casos em que perdem cobertura e tornam-se vulneráveis), para legitimar de novo o próprio poder punitivo, o qual – conforme sua tendência histórica – voltará a se esforçar para ver-se novamente livre dos controles do direito penal e, caso o consiga, reiterar o genocídio. Assim, o próprio poder punitivo pretende ser legitimado com a condenação de alguns poucos criminosos contra a humanidade ao longo de toda sua história. Não é esse o caminho para legitimar Nuremberg ou Tóquio, senão – embora *prima facie* pareça paradoxal, devido ao hábito criado pela argumentação contrária – através da deslegitimação radical do poder punitivo. Daí as dificuldades que todo o direito penal legitimador do poder punitivo enfrenta para explicá-los e justificá-los.

5. A pena do genocídio não se distingue do restante do exercício do poder punitivo; ela é tão ou mais seletiva quanto as outras penas. Via de regra, não atinge todos os autores nem muito menos os partícipes de qualquer natureza e, entre estes, raramente os instigadores. Ao contrário do que costumam afirmar aqueles que pretendem legitimar o poder punitivo apelando para o exemplo dos genocídios, as tentativas nesse sentido, enunciadas na forma de teorias positivas da pena, fracassam mais diante do genocídio do que diante do homicídio simples ou do delito comum em geral. É impossível argumentar com um hipotético poder dissuasivo perante fanáticos onipotentes ou produtos institucionais criados para perceber somente o assinalado pela instituição. É ridículo pensar em uma *ressocialização* dos genocidas, pelo menos no tocante aos grandes responsáveis. Porém absurdo maior é pretender reforçar a confiabilidade pública em um sistema que, se não se destruiu a si mesmo, ao menos permitiu a morte de milhões de pessoas, a não ser que se queira enganar a opinião pública. Não se pode tampouco argumentar que assim se procura impedir a reincidência por parte do seu autor, porquanto, em geral, isso é impossível, de vez que, ao ser submetido a julgamento, ele já perdeu seu poder. Embora a retribuição pura e simples seja um absoluto irracional, nesse caso tem menos sentido ainda, porque não há como retribuir a morte de milhões de pessoas. Assim vistas as coisas, torna-se inaceitável que, para legitimar a condenação de alguns raros genocidas, afirme-se sua correção por reforçar a confiabilidade em um sistema que provocou ou permitiu o genocídio; isto equivaleria a afirmar a legitimidade

do sistema genocida em sua própria continuidade. A legitimação de Nuremberg não pode ser decidida por meio da legitimação do poder punitivo exercido sobre um genocida que perdeu sua invulnerabilidade, mas sim apelando para o conceito limitador do poder punitivo, isto é, para o direito penal.

6. O genocídio estabelece um conflito sem solução racional: não se pode pensar em uma solução reparadora, por exemplo, e muito menos ainda em outros modelos de solucionar conflitos. Diante da enorme brutalidade do ilícito e da falta de modelos de solução racional, o direito penal praticamente carece de espaço para limitar o poder punitivo e, inclusive, a vingança particular. Por mais seletivo que seja o exercício do poder e por mais que se argumente, o direito penal não tem muitas possibilidades de limitá-lo, não só no plano fático como também no ético. Na realidade, *a única coisa que o direito penal pode exigir é que se comprovem os fatos e que, no mínimo, se respeite o princípio de humanidade, porque o resto é silêncio de sua parte.* A debilidade limitadora do direito penal é tão frágil nessas circunstâncias que chega a excluir a possibilidade de punir, inclusive, a quem se atribui o poder punitivo sem maiores títulos que o legitimem, como sucedeu com o caso italiano: os juízes penais se viram diante de uma difícil alternativa e, vinte e dois anos depois, resolveram-na baseados no fato de que não acabara a guerra com a República Social Italiana (a *república-títere* de Salò), o que é uma perfeita ficção, porque com a debandada dos que haviam integrado seu governo obviamente terminara essa pretensa república, sem levar em conta que não convém considerar execuções de parentes como atos de guerra. A decisão italiana é uma resposta política que atesta a impotência do direito penal diante da magnitude do ilícito.

7. Parece mais simples e tem mais sentido jurídico reconhecer que o direito penal, nesses casos, não possui muito espaço de legitimação para exercer a contenção do poder punitivo. O direito penal, entendido como um saber de contenção e limitação, legitimante dessa função restritiva (e não do poder punitivo), não tem por que perguntar-se pela legitimidade – e muito menos pela utilidade – do poder punitivo habilitado pelo tribunal de Nuremberg, mas por sua própria legitimidade para, em tais circunstâncias, cumprir sua função limitadora e redutora. A resposta jurídica emerge muito mais diáfana: tem muito pouco espaço para fazê-lo; o injusto é de tal magnitude e o esforço do genocida para atingir a vulnerabilidade é tão extraordinário, que o direito penal limitador fica quase impotente diante do poder punitivo que se exerce. A regra, segundo a qual o direito penal pode exercer maior poder limitador quando o conflito no qual intervém o poder punitivo é mais suscetível de ser submetido a outros modelos de solução, assim como quando o esforço para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade por parte do criminalizado for menor, também vige perante tais

casos. Diante de maiores alternativas de solução – e de esforço menor para atingir a situação vulnerável – maior será o poder limitador do direito penal e vice-versa. Nesses casos, os conflitos alcançam tamanha dimensão que, pelo menos na cultura dominante, não há nenhuma alternativa de solução, e o esforço dos criminalizados é também formidável, a ponto de chegarem às cúspides do poder. Frequentemente, em defesa do genocida, argumenta-se com a seletividade do poder punitivo. Aqueles que se esforçam para legitimar Nuremberg a partir do poder punitivo estão impossibilitados de negá-la, porque um injusto de semelhante selvageria e de tal magnitude não pode ser levado a cabo sem cúmplices, mas as regras da participação, por limitações políticas e de fato, não se aplicam a esses casos em todas as suas consequências, sem contar com o fato de que o julgamento do genocida só é viável quando ele tiver perdido seu poder (invulnerabilidade), pois até esse momento não passa de um provável (ou real) interlocutor nas negociações diplomáticas. As execuções efetuadas por decisões dos tribunais de Nuremberg, de Tóquio e de outros tribunais aliados, bem como a de Mussolini e de seus colaboradores mais próximos, não são fatos tão distantes juridicamente. Em todos eles houve um exercício de poder que o direito penal não poderia conter, não apenas por carecer de poder fático suficiente, como também por faltar-lhe maiores argumentos éticos para fazê-lo, diante da gravidade dos fatos imputados a esses indivíduos e do ingente esforço por eles envidado para chegar a uma situação concreta de vulnerabilidade, depois de terem saído de um patamar de invulnerabilidade quase absoluta. O nível do conteúdo injusto dos fatos e da culpabilidade de seus autores era tão incrivelmente elevado que o direito penal se tornou quase impotente para invocar limites de contenção que não fossem elementaríssimos.

8. A partir de Nuremberg, duas tendências do direito internacional público adquiriram força: **a)** os *tratados que impõem a obrigação de sancionar determinados delitos como crimes internacionais*; **b)** as tentativas de *estabelecer uma jurisdição penal internacional.* O primeiro texto do pós-guerra que confirmou um crime internacional foi a Convenção sobre Genocídio da ONU, de 9 de dezembro de 1948[197]. Foi em decorrência dessa convenção que, no Brasil, sobreveio a criminalização do genocídio (lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956).

[197] A expressão *genocídio* (do gr. *geno*, raça, tribo, e do lat. *occidere*, matar) foi criada por Raphael Lemkin, em 1944, que a usou, também, em RIDP, 1946, pp. 371 ss. Sobre o respectivo conceito na jurisprudência internacional, Gil Gil, Alicia, em *Derecho Penal Internacional.* No Brasil, versaram monograficamente o genocídio Sebastião Marsicano, Um Novo-velho Delito, Juiz de Fora, 1961; Klautau Leão, J.B., O Crime de Genocídio no Código Penal de 1969, Belém, 1975; Canêdo Gonçalves da Silva, C. A., O Genocídio como Crime Internacional, B. Horizonte, 1999, ed. Del Rey. Cabe ainda mencionar o recente estudo de López de la Viesca, E., *El Delito de Genocidio*, Madri, 1999, ed. Edersa.

À margem dessas tendências surgiu, na segunda metade do século XX, uma terceira referente aos direitos regionais, particularmente do continente europeu, que propõe a questão de sua competência legislativa penal[198].

9. A obrigação de apenar crimes de guerra e de lesa-humanidade[199] apresenta um dos problemas mais discutidos nos últimos anos, que é o da prescrição[200]. A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa Humanidade, de 1968, procura resolver o problema da prescrição, que causou dificuldades à doutrina alemã, e cuja complexidade repercutira na jurisprudência latino-americana em alguns casos de extradição. Na Alemanha, o tema foi proposto em torno dos crimes do nazismo e reiterado em razão de delitos cometidos na ex-República Democrática. A doutrina e a jurisprudência alemãs afirmaram que as normas processuais afetam a persequibilidade (não a punibilidade) do fato, razão pela qual a retroatividade em matéria de prescrição não fere o princípio da irretroatividade da lei penal. O Parlamento alemão sancionou, em 1965, uma lei que suspendia o prazo durante o período em que a ação penal não pôde ser exercida; em 1969, outra lei ampliava o prazo para trinta anos e, finalmente, em 1979, declarou-se a imprescritibilidade do genocídio e dos homicídios qualificados não-prescritos. No Brasil, ainda na vigência do texto constitucional anterior, o Código Penal – também ainda antes da reforma da Parte Geral, em 1984 – contemplava a imprescritibilidade das penas acessórias (art. 118, par. ún.), dispositivo aplicado sem maiores questionamentos pelo Supremo Tribunal Federal[201]. Quando o constituinte de 1988 arrogou-se o poder de declarar a imprescritibilidade de *alguns* delitos (art. 5°, XLII e XLIV) e não de outros, criava o argumento da reserva: uma restrição tão grave e prejudicial não poderia ser ampliada pela lei ordinária para além dos casos demarcados na Constituição. Este argumento foi acionado quando da promulgação da lei n° 9.271, de 17 de abril de 1996, que determinou a suspensão do prazo prescricional, bem como do próprio processo, quando o réu citado por edital não se apresentar[202]. O Brasil não ratificou a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa Humanidade* (Resolução ONU n° 2.391, de 26.nov.68), mesmo depois de ter nossa Constituição estabelecido a imprescritibilidade da "práticas do racismo", que constitui certamente um *minus* diante do genocídio. Contudo, a instalação em sede constitucional da imprescritibilidade circunscreve a questão ao âmbito de sua aplicação (ou seja, à admissibilidade ou não de direitos que ultrapassem nossas hipóteses constitucionais, questões que, nos casos de extradição, se resolveria pelo critério da lei mais favorável, cotejadas a brasileira e a do Estado requerente – lei n° 6.815, de 19.ago.80, art. 77, inc. VI). Bem distinta seria a imposição de retroatividade à imprescritibilidade, porquanto o inciso XL do artigo 5° da Constituição da República é muito claro ao proibir a retroatividade de toda e qualquer lei que amplie o poder punitivo de algum modo incidente sobre uma pessoa, o que obviamente alcança o termo temporal de sua punibilidade. Um indicador preocupante reside na tendência da Corte Suprema de não ressalvar a prisão perpétua, proscrita pela Constituição, em alguns julgamentos de extradições[203]: o princípio constitucional da *soberania* (art. 1°, inc. I CR), em sua histórica acepção de independência de qualquer outra ordem jurídica[204], confere aos dispositivos da lei fundamental uma primazia absoluta, que invalida a tese do direito duplo, e que permitiria, no limite, mesmo um juízo sobre a constitucionalidade de uma lei estrangeira em face de sua própria constituição[205].

10. As normas internacionais que têm como efeito a obrigação de criminalizar e perseguir delitos comuns que afetam interesses também internacionais são elaboradas de diversas maneiras: a) a primeira, constituída por disposições de desenvolvimento progressivo, mediante acumulação de compromissos internacionais. Nela se incluem a repressão à escravidão e ao tráfico de mulheres e crianças, ao tráfico internacional de drogas ilícitas, à pirataria, ao sequestro de aeronaves, ao terrorismo e ao sequestro de pessoas que gozam da proteção internacional. O tráfico internacional de drogas ilícitas é matéria que recebeu

[198] Cf. Sgubbi, Filippo, CPC, 58, p. 90; Riandato, Silvio, *Competenza penale della comunità europea*; Dalla Via, Alberto R., em LL, de 13 de setembro de 1996; Caraccioli, Ivo, p. 845. Quanto aos esforços unificadores regionais na Europa, Tiedemann, Klaus, em *Revista Penal*, n° 3, pp.76 ss.; Siber, U., em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, I, pp. 4 ss.; Delmas-Marty, Mireille, *Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*.

[199] A respeito deste conceito, Schurmann Pacheco, Rodolfo, em Fórum Internacional de Direito Penal Comparado, p. 177; Bramont, Arias, p. 208. Sobre o desaparecimento forçado, AA. VV., *La desaparición. Crimen contra la humanidad*; em particular, González Gartland, Carlos A., pp. 77 ss.; Baigún, David, pp. 67 ss; Ambos, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Em especial para o caso argentino, Sancinetti, Marcelo A. e Ferrante, Marcelo, *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*.

[200] Sobre a evolução legislativa, Mertes, Pierre, *L'imprescriptibilité*, pp.15 ss.

[201] Por exemplo, HC n° 42.879/DF; RExt n° 61.038/DF; RExt n° 65.403/PR; RExt n° 103.383/RJ.

[202] "É evidente a impropriedade do texto legal que cria, do modo oblíquo, mais um caso de delito imprescritível, fora das hipóteses referidas (...) na Constituição" – Alberto Silva Franco, Suspensão do Processo e Suspensão da Prescrição, Boletim IBCCrim 42, p. 2. A opinião doutrinal confluiu para o inexorável reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, pelo menos segundo a pena máxima cominada (art. 109 CP): para uma síntese das tendências que se apresentaram, Reale Ferrari, E., Prescrição da Ação Penal, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva, pp. 113 ss.

[203] A ressalva foi feita no caso do nazista Franz Paul Stangl (Ext. n° 272-4), em 1967; quase duas décadas depois, não foi feita em outros casos (Exts. n° 429 e 439).

[204] Cf. Cretella Jr., Comentários à Constituição de 1988, Rio, 1988, ed. For. Univ., v. I, p. 137; Slaibi F°, N., Anotações à Constituição de 1988, Rio, 1989, ed. Forense, p. 125.

[205] Recusou-se o Supremo Tribunal Federal a formular tal juízo no caso Mario Firmenich; cf. Barroso, Luis Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, S. Paulo, 1996, ed. Saraiva, pp. 38ss.

novo impulso a partir da Convenção de Viena de 1988, e que apresenta sérios problemas. Quanto ao terrorismo e sequestro de pessoas com proteção internacional, sob os efeitos do atentado de Marselha, de 1934, firmou-se em 1937, uma convenção, a única a prever a criação de um tribunal internacional para seu julgamento, mas que não entrou em vigor. **b)** A segunda, mediante tratados que não abrangem condutas dos estados, mas que não se desenvolvem nem acumulam compromissos progressivamente. A esta modalidade pertencem a Convenção de 1923 sobre repressão ao tráfico internacional de material pornográfico (que perdeu vigência por dessuetude) e a Convenção da União Postal Universal sobre transporte de material perigoso. **c)** A terceira é constituída por convenções que se referem diretamente aos estados, sendo a mais importante, sem dúvida, a que trata do genocídio, à qual se agregam as convenções contra o *apartheid* (1972) e contra a tortura (esta última adotada e promulgada no Brasil pelo dec. nº 40, de 15.fev.91). Muitas são as iniciativas tomadas nesse sentido, sendo paralelos os esforços para consagrar um código de crimes internacionais[206] com aqueles levados a cabo para o estabelecimento de uma jurisdição internacional.

11. Como era de se esperar, essa dinâmica impulsionou as tentativas de codificação do direito internacional penal, nas quais foi sempre ativa a presença da Associação Internacional de Direito Penal, desde o período entre as duas guerras mundiais. As tentativas se iniciaram no último pós-guerra, quando a Assembleia da ONU designou uma comissão para elaborar um projeto de *Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade*, em 1951, apresentado à Assembleia Geral juntamente com um projeto de estatuto para um tribunal, em 1953, mas cujos trabalhos foram suspensos e só retomados muitos anos depois, até resultarem em um novo projeto, em 1991. Paralelamente, esboçaram-se outras tentativas para estabelecer uma jurisdição internacional. Em 1992, a Assembleia Geral da ONU encarregou a comissão de direito internacional de fazer um novo projeto de estatuto para uma corte penal internacional, reiterando-lhe a incumbência em 1994. A comissão o elaborou, sendo o projeto submetido a um comitê especial e, mais tarde, a um comitê preparatório, que se reuniu em abril e agosto de 1996[207]. Por fim, elaborou-se uma convenção internacional, ultimada em Roma, que se acha aberta à ratificação[208]. Não há dúvida de que o maior impulso em favor de seu estabelecimento provém da criação do tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, seguido do de Ruanda, cujos resultados são equívocos e cuja instalação apresentou um sem-número de dificuldades, o que acabou mantendo opiniões divididas entre os que preferem o julgamento dos crimes internacionais por tribunais *ad hoc*[209] e os que defendem a criação de uma corte penal internacional em caráter permanente. As discussões sobre a competência desses tribunais projetados (*ad hoc* ou permanentes) tem-se polarizado entre aqueles que pretendem reduzi-los ao julgamento dos delitos definidos pelo direito internacional e os que aspiram a estendê-los a outros delitos, quando não houvesse competência nacional (conflito negativo) ou esta se negasse a julgá-los. Embora os tribunais internacionais (permanentes ou *ad hoc*), a exemplo dos nacionais, tenham reproduzido e voltarão a reproduzir estruturas punitivas seletivas, não dispondo de outro poder senão decidir sobre o prosseguimento ou interrupção de uma criminalização em curso, pode-se argumentar que eles – igualmente a exemplo dos nacionais – garantirão um certo grau de menor irracionalidade, contendo e limitando o poder punitivo internacional na medida de seu reduzido espaço de intervenção, e especialmente evitando que ele alcance inocentes. Tal argumento deve submeter-se ao exame das especiais circunstâncias de reorganização internacional do poder, objeto do tópico subsequente.

12. Assiste-se hoje a uma dinâmica muito particular do poder mundial, em que: **a)** os estados perdem parte de seu poder de decisão, sitiados por algumas centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; **b)** a concentração de riqueza se acentua e assume características estruturais; **c)** a distância entre o centro e a periferia do poder mundial se amplia; **d)** o poder se contenta com mercados que excluem setores das populações cada vez maiores; **e)** a capacidade de planejamento a longo prazo acha-se neutralizada; **f)** o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que pretendem prescindir de ideologias (erradamente chamados de *pragmáticos*); **g)** no plano internacional assiste-se a atos de franca intervenção punitiva e a Suprema Corte dos Estados Unidos, consagrando o princípio *male captus bene detentus*, legitima a competência para o sequestro em território estrangeiro[210];

[206] Cf. Bassiouni, M. Cherif, *A Draft International Criminal Code* e a ampla bibliografia por ele citada em *Compendium of the International Association of Penal Law*, p.72. Entre os antecedentes cabe lembrar os esforços de Vespaciano V. Pella, em *La criminalidad colectiva de los Estados* (com prólogo de Quintiliano Saldaña). Certamente, as propostas diferem quanto às figuras a serem incluídas; foi na época da guerra do Vietnã que nasceu a ideia de incluir o *ecocídio* (cf. Karpets, Igor, *Delitos de carácter internacional*, p. 44).

[207] Cf. Bassiouni, M. Cherif, em AIDP, *ICC – Ratification and national implementing legislation*.

[208] Cf. Broomhall, Bruce, *ICC Ratification and national implementing legislation*, pp. 45 ss, assim como em op. cit., pp. 117 ss. Também Ambos, Kai, em ZStW, 1999, p. 175; AA.VV., *The International Criminal Court – Observations and issues before the 1997-98 preparatory committee;* Villalpando, W., *De los derechos humanos al derecho penal internacional*, pp. 323 ss..

[209] Ferrajoli, Luigi, os critica por serem *post factum*, o que afeta sua independência e os torna excepcionais, em *Ex Yugoslavia – I crimini contro l'umanità*, p. 45.

[210] Acerca desse princípio na Suprema Corte argentina, Fierro, Guillermo, *La ley penal y el Derecho Internacional, cit,* p. 657.

h) os organismos internacionais se encontram em uma perigosa situação de fragilidade. Perante tais circunstâncias, convém perguntar-se se a utilidade possível de um tribunal penal internacional, contendo e limitando o hoje desregulamentado exercício do poder punitivo internacional, não estará comprometida por um não-descartável alinhamento da corte ao empreendimento político-internacional da conjuntura, cujas características foram acima alinhavadas. A justiça penal nunca é asséptica em relação ao poder, e muito menos o será quando ocupar um lugar tão destacado dentro do esquema de poder mundial, decidindo questões que envolvem o próprio poder na dimensão mais importante. O confronto entre poder punitivo e direito penal, neste nível, pode reduzir a função de tal tribunal à mera e incoercível legitimação do que até então constituem questionáveis atos unilaterais de intervenção, num horizonte de seletividade internacional em que não é muito difícil profetizar sobre quem serão os criminalizados.

13. Por último, cumpre assinalar, como tema próprio dessa interdisciplinaridade, as limitações da lei e jurisdição penais impostas pelo direito internacional. Em geral, trata-se de *imunidades*[211], e não de incapacidades ou da ficção de que as sedes das representações sejam territórios estrangeiros. Por conseguinte, as limitações se referem apenas às pessoas estritamente amparadas pela lei internacional, mas seus coautores e partícipes não se beneficiam dessa imunidade. As pessoas abrangidas são os chefes de estado estrangeiros que se encontram em território nacional, em razão do direito internacional consuetudinário e da Convenção sobre Missões Especiais, de 16 de dezembro 1969[212]. O conceito de chefe de estado é amplo, abrangendo também o chefe de governo, quando não fundidos numa só pessoa (parlamentarismo, monarquia). A imunidade opera seus efeitos, inclusive, nas visitas de cunho particular, e quando se tratar de visita oficial, ela se estenderá também à respectiva família e comitiva oficial. Será ela extensiva aos chefes de estado exilados, se ainda reconhecidos como autoridades legítimas de seu país. A mais importante das imunidades concedidas pelo direito internacional é a dos representantes de países estrangeiros. O direito internacional consuetudinário e dos tratados consagrou a regra de tal imunidade, podendo o estado receptor limitar-se a declarar apenas, conforme o caso, que ele é *persona non grata*.

14. Atualmente, a imunidade diplomática se acha regulamentada pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, à qual aderiu o Brasil pelo dec. nº 56.435, de 8.jun.65. O artigo 29 estabelece que *a pessoa do agente*

[211] Oehler, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, p.361.

[212] Cf. Fierro, Guillermo J., *La ley penal y el Derecho Internacional*, p. 282.

diplomático é inviolável. De nenhum modo pode ele ser objeto de detenção ou prisão. O estado receptor o tratará com o devido respeito e adotará todas as medidas adequadas para impedir qualquer atentado contra sua pessoa, sua liberdade ou sua dignidade. O artigo 31 determina que *o agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado receptor.* Em razão de ter a imunidade caráter funcional, o artigo 27 a estende às malas diplomáticas. Abarca também a família do diplomata e o pessoal técnico, administrativo e inclusive doméstico, desde que não seja nacional nem residente permanente. O artigo 31, § 4º, assinala que *a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado receptor não o exime da jurisdição do Estado acreditante.* O artigo 32 dispõe que *o Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição de seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozem de imunidade,* mediante renúncia que *deve ser sempre expressa.* Tratando-se de imunidade funcional, só o Estado acreditante pode fazê-la e não o diplomata. A situação dos cônsules é regida pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 24 de abril de 1963 (promulgada no Brasil pelo decreto nº 61.078, de 26.jul.67). As imunidades dos cônsules são mais limitadas: *os funcionários consulares não poderão ser detidos, a não ser quando se trate de delito grave e por decisão de autoridade judicial competente* (art. 1º)[213]. Não obstante, *os funcionários e os empregados consulares não estarão submetidos à jurisdição das autoridades judiciais e administrativas do Estado receptor pelos atos cometidos no exercício das funções consulares* (art. 43). Como no caso dos diplomatas, a imunidade está sujeita à renúncia expressa pelo Estado credenciado.

15. O direito internacional também estabelece a imunidade dos integrantes de uma força armada de uma potência aliada, no país, por delitos cometidos no perímetro de sua sede relacionados com a atividade militar. Pelo menos, este é o critério vigente entre os países que firmaram o Tratado de Montevidéu, de 1940 (art. 1º), embora isso deva ser entendido com maior amplitude no direito internacional em geral, quando se trata de forças armadas integrantes de missões internacionais, o que não é pacífico. Mais tranquila é a hipótese pertinente aos navios de guerra estrangeiros, pois aos delitos cometidos a bordo destes se aplica a lei do país de sua bandeira, salvo se houver solicitação para a intervenção da autoridade local. Este último princípio figura, *a contrario sensu*, em nosso Código Penal (art. 5º, § 2º).

[213] Para aplicação desse preceito no Brasil, entendia Heleno Fragoso que por crime *grave* deveria entender-se aquele ao qual fosse cominada pena mínima de reclusão superior a dois anos (Lições, cit., PG, p. 133).

III. *Interdisciplinaridade com o direito internacional dos direitos humanos*

1. A partir do último pós-guerra começou a desenvolver-se um ramo do direito internacional público de vital importância: o direito internacional dos direitos humanos. A internacionalização dos direitos humanos não foi um fenômeno secundário, mas uma mudança de paradigma que redundou na mais significativa das transformações jurídicas do século XX. O neocolonialismo não se advertira dos riscos provocados por uma revolução tecnológica baseada num modelo de hierarquização biológica da humanidade, até o momento em que, na guerra de 1939-1945, o biologismo forneceu material para justificar o nazismo e outras ideologias, legitimando toda espécie de extermínio massificado, nele incluído o primeiro ataque nuclear a populações civis: em nome da humanidade e da justiça milhões de seres humanos foram aniquilados. Terminada a fase aguda do horror bélico, impôs-se a mudança de paradigma em busca de um quadro geral do futuro discurso jurídico e político, formalizado na *Declaração Universal*, de 10 de dezembro de 1948, como ato limitativo das ideologias. Desde então[214], a *Declaração* e toda a andaimaria (em permanente construção) de um sistema internacional de garantias para os direitos humanos vêm configurando o limite positivado que se aspira impor às ideologias legitimadoras do controle social em qualquer parte do planeta. Apesar de estar esse objetivo longe de alcançado[215], vai-se formando um couto jurídico positivado que serve de referência.

2. Aspirar à positivação internacional dos direitos humanos é estabelecer uma antropologia jurídica mínima[216] e de controles jurisdicionais internacionais que tendem a preservar suas pautas em todo o planeta. Em que pese estar essa iniciativa mal começando, sua importância é indiscutível. E apesar de não ser a *Declaração Universal* de 1948 resultante de um tratado, ganhou corpo a tendência de considerá-la *jus cogens*, como parte da Carta da ONU, critério que seria adotado definitivamente na Conferência de Teerã de 1968[217]. Em 1966, foram aprovados os Pactos Internacionais (o de *Direitos Civis e Políticos* e o de *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*), em vigor a partir de 1976. Desde

[214] Sobre sua irrupção no pós-guerra, Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, pp. 23 ss.

[215] Trata-se de uma dificuldade ressaltada por Bulygin, Eugenio, em *Análisis lógico y Derecho*, p. 622. Peces-Barba Martínez, Gregorio igualmente a destacou, em *Derechos y Libertades*, nº1, 1993, pp. 76 ss.

[216] Nesse sentido, eles contribuem em grande parte para superar a rivalidade entre positivistas e jus-naturalistas (cf. Ferajoli, Luigi, em NDP, 1998/A, pp. 63 ss).

[217] Sobre o valor vinculante, discorreram Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de lo Derechos Humanos*, t. I, pp. 135 ss; O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 20 ss; Pinto, Mônica, *Temas de Derechos Humanos*, pp. 73 ss.

então, pode-se afirmar a existência de um sistema mundial de direitos humanos com organismos próprios e baseado em tratados[218]. No âmbito regional, o primeiro documento foi a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, da Organização dos Estados Americanos, de 1948, cuja força vinculante suscitou opiniões análogas àquelas referentes à Declaração Universal. A convenção regional foi o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1968, que ganhou vigência dez anos depois[219]. O sistema americano se inspirou no europeu, estabelecido pelo Convênio Europeu de Direitos Humanos ou Convenção de Roma, de 1950[220], em vigor desde 1953, e sobre modelo análogo vai-se configurando o sistema regional africano[221].

3. Esse considerável esforço jurídico se desenvolve com as demoras e dificuldades dos imponderáveis da política internacional, mas, em geral, pode-se observar uma tendência progressiva. Junto ao processo de internacionalização, produziu-se a *globalização* dos direitos humanos, ou seja, superou-se a velha disputa entre direitos individuais e sociais, a par do surgimento dos chamados *direitos de terceira geração*[222], como direito ao desenvolvimento[223] ou ao meio ambiente. Este último acumula um volume normativo bastante considerável, pois abarca mais de trezentos tratados multilaterais e mais de novecentos bilaterais[224]. Ao mesmo tempo, embora não se possa negar que o direito internacional dos direitos humanos faz parte do direito internacional público, não é menos exato que, dentro deste, ele adquire peculiar configuração, com regras próprias, as quais de certo modo o afastam das normas gerais do direito dos tratados[225]: por exem-

[218] Gregori, Giorgio, *La tutela europea dei Diritti dell'Uomo*, pp. 20 ss; Van Boven, Theo, em UNAM, *La protección internacional de los Derechos del Hombre*, pp. 405 ss; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio e Nikken, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, pp. 27 ss.

[219] OEA, Secretaria Geral, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*; Gros Espiell, Héctor, em Vasak, Theo, *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, III, pp. 706 ss; Méndez, Juan E. e Cox, Francisco, *El futuro del sistema interamericano de Derechos Humanos*, IIDH.

[220] García de Entería, E., Linde, E., Ortega, L.I. e Sánchez Morán, M., *El sistema europeo de protección de derechos humanos*; Gregori, Giorgio, op. cit.

[221] M'Baye, Kéba e Ndiaye, Birame, em Vasak, Theo, op. cit., v. III, pp. 755 ss.

[222] Sobre a evolução, Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución;* do mesmo autor, em E. Olivas (org.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madri, 1991, pp. 91 ss; cf. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, pp. 203 ss.

[223] Brown Weiss, Edith, Cançado Trindade, A.A., McCaffrey, Stephen, Kiss, Alexandre, Handl, Günther e Dinah, Shelton, *Derechos Humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*; Álvarez Vita, Juan, *Derecho al desarrollo*. 58. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Direitos Humanos e meio-ambiente*.

[224] Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Direitos Humanos e meio ambiente*.

[225] Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, II, pp. 123 ss; Gutiérrez Posse, Hortensia, em ED, 10.jul.95.

plo, em matéria de direitos humanos, a cláusula *rebus sic stantibus* não vigora, ou seja, a violação de um tratado por uma das partes não autoriza a outra a violá-lo.

4. Entre suas particularidades, cabe consignar que esse ramo do direito internacional concede um enorme protagonismo à pessoa humana, na qualidade de seu sujeito, ao reconhecer-lhe o caráter de denunciante ativo nos sistemas internacionais. Não cabe confundir isso com a pretensão indiscriminada de considerar os particulares como sujeitos ativos das violações dos direitos humanos (injustos ou ilícitos jus-humanistas), propugnada por aqueles que procuram neutralizar os efeitos de todo o movimento. Com efeito: os particulares podem ser autores de delitos, não porém de ilícitos jus-humanistas, cujos sujeitos ativos só podem ser os estados. Os estados podem desproteger as pessoas, permitindo que outros particulares cometam impunemente delitos contra elas, o que viola a cláusula frequentemente consagrada nos tratados (*as altas partes contratantes se comprometem a respeitar e fazer respeitar...*) e implica um injusto jus-humanista estatal por omissão, mas os particulares que, sob o amparo desta omissão, ferem os direitos alheios, incorrem em delitos nacionais ou internacionais, conforme o caso. O argumento contrário é uma racionalização que pretende ensaiar uma legitimação da cláusula *rebus sic stantibus* (ineficaz nesta matéria), já não entre os estados, mas entre estes e seus cidadãos: o estado só estaria obrigado a respeitar os direitos humanos daqueles que os respeitassem. Como se observa, tal racionalização perversa seria a premissa necessária para anular todos os efeitos desse enorme esforço internacional. A amplitude com a qual é possível matizar-se o princípio de que o sujeito ativo do ilícito jus-humanista só pode ser o Estado depende da forma em que se considerem as relações entre o direito internacional de direitos humanos e o direito internacional humanitário; porém, em qualquer caso, a admissão de sujeitos diferentes dos estados é sempre muito limitada e tem um sentido bem diverso daquele das ideologias de segurança pública inimigas dos direitos humanos. Trata-se do reconhecimento de beligerantes em negociações e pactos, através dos quais se lhes impõe o respeito aos referidos direitos e se tornam passíveis de eventuais sanções internacionais.

5. Em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos há expressas referências ao direito penal e ao processual penal, o que enseja a criação de um corpo de jurisprudência internacional de grande envergadura, corpo esse cuja fonte, no âmbito do continente americano, se encontra na *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (San José da Costa Rica)[226]. Esse crescente referencial de doutrina penal constitui um importante passo para o controle da arbitrariedade de governos e tribunais nacionais. Embora nem todos os

[226] Travieso, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*; cf. a publicação periódica *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.

países que estão dentro do sistema americano de direitos humanos reconheçam a competência da Corte Interamericana, tal fato carece de significação prática, pois o órgão investigatório, a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, atua não só em função do Pacto de San José da Costa Rica, como também em razão da *Carta da Organização dos Estados Americanos*, de modo que a Comissão, diante de injustos jus-humanistas por parte de países que não reconhecem a competência da Corte, adotou a prática de requerer a esta um ditame e torná-lo seu. Em vista de ter-se a Comissão originado da Carta da OEA, ela pode aplicar sanções inclusive aos países que não ratificaram a Convenção Americana, como os Estados Unidos – que foram condenados pela execução de adolescentes – devido à violação da *Declaração Americana*.

6. A irrupção dos direitos humanos no discurso jurídico-penal constitui o mais importante e complexo fenômeno de sua história contemporânea. Se, por um lado, tal irrupção contribui para o programa de desterritorialização normativa, funcional perante o empreendimento econômico e político que se esconde atrás da expressão "globalização", levando por vezes à produção discursiva de duvidosos universais (por exemplo, no confronto com culturas jurídicas islâmicas), por outro lado representa inquestionável reforço no delineamento de padrões mínimos de contenção e limitação do poder punitivo. Os adversários dos direitos humanos, que habitualmente prezam muito o primeiro aspecto, procuram neutralizar o segundo recorrendo à teoria do direito duplo, de acordo com a qual o direito internacional obriga os estados, porém não é parte do direito interno até sua incorporação à lei nacional. O dualismo é hoje uma tese superada, enquanto o monismo (segundo o qual a norma internacional é diretamente aplicada à ordem interna, despiciendo ato de recepção) predomina desde Kelsen, Verdross e outros autores[227], reconhecida sua origem em Blackstone e no direito anglo-saxão (*International Law is a part of the Land*), de onde se irradiou a partir da constituição norte-americana.

7. Dois exemplos brasileiros ilustrarão convenientemente essa polêmica. Nossa Constituição, de 1988, reconheceu os "direitos e garantias (...) decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República seja parte" (art. 5°, § 2° CR). Tratava-se de disposição doutrinariamente quase desnecessária, porquanto é princípio unanimente aceito no direito internacional público que não se admitem limitações de direito interno para o descumprimento da lei internacional[228]; contudo, diante das dúvidas que na

[227] Cf. Díaz Cisneros, Cesar, *Derecho Internacional Público*, I, pp. 55 ss.

[228] A supremacia de convenções privilegiadas – concretamente, a Convenção de Roma e a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – sobre a constituição nacional é reconhecida na Europa (cf. Conte, Philippe-Maistre e Chambon, Patrick, *Droit Pénal General*, p. 78).

doutrina e na jurisprudência surgiram sob a influência da tese do direito duplo, cabia creditar uma importante utilidade ao verbete constitucional. Em 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a partir de então deveria "ser cumprida tão inteiramente como nela se contém"[229]. Observemos um conflito entre o texto constitucional de 1988 e a Convenção Americana, a ele incorporada explicitamente (art. 5°, § 2° CR) em 1992 – e, portanto, na condição de lei posterior, com o efeito de revogar a anterior "quando seja com ela incompatível" (L. Int. CC, art. 2°, § 1°). Enquanto o texto constitucional de 1988, ao vedar a prisão por dívida, ressalvava os casos do devedor alimentício e do depositário infiel (art. 5°, inc. LXVII CR), a Convenção Americana, incorporada ao direito interno em nível constitucional (art. 5°, § 2° CR) em 1992, ressalvava *apenas* a prisão civil do devedor alimentício (art. 7°, inc. 7), ou seja, não admitia a do depositário infiel. Submetida a questão ao Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o entendimento de que "os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2° do art. 5° da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do estado-povo na elaboração da sua Constituição"[230], mantida portanto a vigência do dispositivo constitucional que colide abertamente com a Convenção Americana. Também na delicada controvérsia do duplo grau de jurisdição, reconhecido como "garantia judicial" pela Convenção Americana (art. 8°, inc. 2, al. *h*) e excluído, no Brasil, das chamadas ações penais originárias, cuja decisão não pode ser impugnada por recurso ordinário, a Corte Suprema optou, mesmo após a promulgação da Convenção entre nós (quer dizer, após a internalização *em sede constitucional* de tal garantia, por força de art. 5°, § 2° CR), por afirmar que o duplo grau de jurisdição não constitui uma garantia constitucional[231].

8. Quando as condições políticas ensejarem um horizonte de reforma constitucional progressista, caberia pensar numa explicitação mais afirmativa do nível constitucional das garantias formalizadas nos diversos instrumentos internacionais dos direitos humanos, tal como ocorreu na Argentina (art. 75, inc. 22 da *Constitución de la Nación Argentina*), consagrando-se definitivamente a tese monista. Há na América Latina um setor doutrinário que busca minimizar a importância do direito internacional dos direitos humanos e resiste a incorporar suas normas à elaboração dogmática. Tal setor ignora a dimensão jurídica do desenvolvimento desse novo âmbito, geralmente por dificuldades advindas de compromissos teóricos formalistas e positivistas, e às vezes por vinculações políticas com grupos responsáveis pelos gravíssimos delitos jus-humanistas cometidos na recente história de nosso continente[232]. A

[229] Dec. n° 678, de 6.nov.92, art. 1°.

[230] HC n° 73044/SP, rel. ministro Maurício Correa, julgado em 19.mar.96.

[231] RHC n° 79.785, rel. ministro Sepúlveda Pertence; Ag. Reg. N° 248.761/RJ, rel. ministro Ilmar Galvão; no mesmo sentido STJ, Ag. Reg. n° 1073/RJ, rel. ministro Fernando Gonçalves.

[232] No último caso, esgotando os argumentos para evitar a suposta vigência *retroativa* dos tratados, e buscando extrair das leis de anistia parênteses para o direito à verdade; cf. Cohen, Stanley, em NDP, n° 1997/B, p. 562.

minimalização do direito internacional dos direitos humanos perde de vista seu sentido histórico geral e o reduz a um mero jogo normativo, afirmando que a Declaração Universal configura apenas a expressão de anelos de conteúdo ético e não jurídico. Essa curiosa tese, jamais sustentada seriamente no debate teórico, esquece-se de que o restante direito não serve para preservar as garantias arroladas pela Declaração, também não serve à pessoa humana e está reduzido a simples exercício de poder a serviço das classes hegemônicas; um direito assim deslegitimado produz a legitimação de qualquer violência que se lhe oponha.

IV. Interdisciplinaridade com o direito internacional humanitário

1. Deixando de lado as versões superadas do chamado *direito da guerra*, hoje se dá o nome de direito internacional humanitário à parte do Direito Internacional Público relacionada com a guerra, que abarca os denominados *direitos de Genebra* e *de Haia* que em conjunto são o *jus in bello*, ou seja, as regras às quais devem ater-se os beligerantes na guerra, e o que resta do *jus ad bellum* ou direito a exercer os próprios atos bélicos[233]. Este último se acha sumamente limitado a partir da Carta das Nações Unidas, que o reduz aos casos de exercício pela própria organização internacional, às guerras de libertação e à legítima defesa. Não obstante ser a guerra geralmente um ato ilícito, é inquestionável sua multiplicação[234], em especial entre facções de um mesmo país[235]. Tendo em vista que a limitação do *jus ad bellum* não passa de uma aspiração, a guerra continua sendo um fato político de natureza semelhante à da pena, e o direito internacional humanitário se acha legitimado enquanto procura contê-lo e reduzi-lo[236]. Esta tarefa pertence ao *jus in bello*, ou seja, ao conjunto de normas para beligerantes, que se dividem em dois grupos: **a)** o direito de Haia, que limita o uso de certos meios, e **b)** o direito de Genebra, que estabelece regras de proteção aos combatentes, quando

[233] Schindler, Dietrich, em *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1979, pp. 3 ss; em sentido análogo, Swinarski, Christophe, *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario*, p. 21; do mesmo, a Norma e a Guerra, P. Alegre, 1991, ed. Fabris; Cavallero, Ricardo Juan, em JA, 20 de maio de 1987; sobre sua origem, Camargo, Pedro Pablo, *Manual de Derechos Humanos*, p. 212; González Gómez, Avelino José, *Derecho Internacional Humanitário, pp. 3 ss;* Albuquerque Mello, Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio, 1997, ed. Renovar.

[234] A contradição de um "direito de guerra" como oposto ao direito em Fernández Flores, José Luis, *Del derecho de la guerra*, p. 559.

[235] Sobre os problemas de aplicação do direito humanitário a conflitos não-internacionais, cf. Hernández Mondragón, Maurício, *Derecho Internacional Humanitario, su aplicación en Colombia*, p. 57; Moreillon, Jacques, em *Segundo Seminario Interamericano sobre la Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos en Centroamérica*, p. 88.

[236] A ideia de um direito humanitário como oposto à guerra de "selvagens desenfreados" remonta a Ferreyra, Ramón D., *Lecciones de Derecho Internacional*, p. 110.

já não estão em condições de atuar, aos prisioneiros e náufragos e à população civil. De um modo geral, entende-se, portanto, que o direito internacional humanitário[237] se ocupa *das normas internacionais de origem convencional ou consuetudinária que estão especificamente destinadas a regulamentar os problemas humanitários diretamente derivados dos conflitos armados, internacionais ou não, e que restringem, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito a utilizar métodos e meios de sua escolha, ou que protegem as pessoas e bens atingidos pelo conflito*[238].

2. O direito internacional humanitário faz parte do direito internacional público, sendo controvertida sua relação com o direito internacional dos direitos humanos[239], do qual para alguns constituiria um capítulo, ao passo que outros o reputam independente, havendo por último, quem – com mais precisão – os considere saberes diferentes, mas indispensavelmente compatíveis. Ao contrário daquele dos direitos humanos, este ramo do direito internacional tem a particularidade de reconhecer, com frequência, particulares como sujeitos ativos de seus ilícitos: o reconhecimento de partes em conflito, não necessariamente internacional nem interestatal, exige impor-lhes as obrigações do *jus in bello* e, portanto, submetê-las a possíveis sanções internacionais, o que implica outorgar-lhes a qualidade de sujeitos ativos. Entre suas múltiplas conexões interdisciplinares com o saber penal, cabe destacar três: **a)** a atual perspectiva geral do *jus in bello*, que, como visto, é inspiradora para o penalismo; **b)** as disposições de interesse penal acerca dos prisioneiros de guerra; **c)** e acerca das populações civis. Enquanto a primeira se reveste de significação estrutural para todo o saber penal, as duas últimas são pontuais.

3. É interessante assinalar que, apesar da disposição da Carta das Nações Unidas que limita as guerras lícitas às empreendidas pela mesma organização, às de libertação e às de defesa[240], o direito internacional humanitário moderno renuncia à velha pretensão dos internacionalistas de regular o *jus ad bellum*,

[237] A respeito da denominação, Peraza Chapeau, José, *Algunas consideraciones en torno a la denominación "derecho internacional humanitario"*, em *Derecho Internacional Humanitario*, Seminário Internacional, CICR, p. 30.

[238] Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Comentarios a los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977*, p. XXVII.

[239] Cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto, em *Seminario interamericano sobre la protección de la persona en situaciones de emergencia*, pp. 35 ss; Camargo, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario*, pp. 87 ss; Pictet, Juan, *Desarrollo y principios del Derecho Humanitario*; Swinarski, Christophe, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional para la protección de la persona humana*; do mesmo, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, p.15.

[240] Sobre o problema das chamadas "intervenções humanitárias",cf. Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria?*

mantendo apenas como anelo a substituição das guerras por outro sistema de decisão dos conflitos. O desconcerto ante um ramo do direito que regula aspectos de um ato ilícito, porém real, não está totalmente superado entre os cultores dessa disciplina; contudo, de qualquer maneira, devem eles render-se à evidência da realidade. É inspirador para o narcisismo penalista que um ramo do direito – com a pretensão de estudar normas supostamente reguladoras dos momentos da mais elevada e brutal manifestação de poder destrutivo no planeta – se renda perante a realidade e se relegitime reconhecendo que a destruição bélica não é sua função nem seu poder e que, pelo contrário, ela o investe da mais modesta, embora ambiciosa, tarefa de reduzir e limitar a violência do fenômeno. É verdade que há internacionalistas empenhados quase unicamente em legitimar discursivamente o direito de seu país a levar adiante uma guerra, o que deriva da necessidade que os países têm de operadores políticos internacionais com formação jurídica. Porém, não existem teóricos do *jus gentium* que pretendam legitimar as guerras presentes e futuras através de supostas necessidades. Convém observar que o direito internacional humanitário em nenhum momento procura elaborar uma teoria sobre o direito de Genebra a partir da legitimação da guerra, o que consegue sem maiores dificuldades teóricas, porque se limita a reconhecer a guerra como simples *factum*.

4. O Capítulo III, que trata das *Sanções Penais e Disciplinares* (arts. 82 a 108) do Convênio de Genebra, de 12 de agosto de 1949, referente ao tratamento dispensado aos prisioneiros de guerra, contém uma codificação penal e processual penal que implica garantias mínimas no tocante ao exercício do poder punitivo sobre eles por parte das potências detentoras. As garantias de direito penal estabelecidas são, antes de mais nada, de igualdade com os próprios militares da potência custodiante: não podem ser apenados por delitos específicos de prisioneiros, salvo com sanções disciplinares; devem os prisioneiros ser submetidos aos mesmos tribunais que julgariam os militares que os detêm, aplicando-se aos primeiros as penas que se aplicariam aos segundos; serão os prisioneiros beneficiados pela circunstância de não deverem lealdade à potência custodiante; as punições disciplinares não podem exceder a trinta dias de privação de liberdade; a simples fuga não é punível; têm a garantia de defesa qualificada e confiável; não se executa a sentença de morte até seis meses depois de haver sido comunicada à potência protetora; por último, exige-se a garantia de independência e imparcialidade do tribunal.

5. Os artigos 64 a 78 do Convênio de Genebra, de 12 de agosto de 1949, que tratam da devida proteção às pessoas civis em tempo de guerra, estabelecem uma série de normas limitativas do exercício do poder punitivo sobre populações de território ocupado. A legislação penal territorial permanece em vigor,

facultando-se em medida limitada sua reforma pela potência ocupante, garantindo-se os princípios gerais, a irretroatividade legal e a proporcionalidade das penas. Limita-se a punição por atos cometidos contra aquela potência e autoriza-se a pena de morte só para casos graves e sempre que a mesma estiver prevista no direito do território ocupado. A potência ocupante não pode impor penas por atos cometidos antes da ocupação nem apenar os próprios nacionais que tenham se refugiado no território ocupado em razão de atos praticados antes do começo das hostilidades, nem tampouco deportá-los, salvo por delitos comuns que lhes viabilizassem a extradição. Estabelece-se uma série de garantias processuais (devido processo, tribunais independentes, defesa, recursos etc.).

V. Interdisciplinaridade com o direito internacional privado (direito penal internacional)

1. Trata-se de matéria cogitada com mais frequência pelos penalistas e que, na teoria da lei penal, costuma ser considerada como *âmbito de validez espacial* ou, simplesmente, *validez espacial da lei penal*[241], embora venha sendo omitida em publicações mais recentes[242], talvez porque, em que pese esse seu difundido uso expositivo, não constitua um assunto específico do direito penal, mas sim um complexo capítulo do direito internacional privado, para o qual deve ser remetido, a fim de que receba um tratamento mais completo. A inclusão de uma breve referência a essa matéria na exposição do direito penal obedece ao indiscutível interesse para o penalista, assim como a razões didáticas explanatórias, além do peso da tradição.

2. A respeito da validez da lei penal existem quatro princípios na legislação e doutrina comparadas, considerados ideais ou puros, ainda que, na realidade, os sistemas de direito penal internacional ou internacional privado (penal) os combinem em soluções mistas ou complexas. Por outro lado, seu manejo não está livre de confusão, pois eles tanto podem ser empregados para determinar a lei aplicável (a fim de solucionar conflitos entre leis penais) quanto para dirimir aqueles de competência jurisdicional, questões que sempre urge distinguir, porquanto é factível que um tribunal aplique a lei penal estrangeira ou limite a própria norma nacional devido a remissões condicionantes de uma lei externa. Os supracitados princípios são: **a)** o da territorialidade (a lei penal tem vigência

[241] Como opinam entre nós Hungria, I, p. 146; A. Bruno, I, p. 215; Fragoso, PG, p. 112; Mestieri, Manual, p. 79; na Argentina, Soler, I, p. 163; Núñez, I, p. 156; Fontán Balestra, I, p. 157; na Itália, Antolisei, p.83, e Maggiore, I, p. 207; na Alemanha, Welzel, p. 26; Maurach, p. 116.

[242] V., por exemplo, as propostas de Freund e Köhler.

em todo o território do estado e nos lugares subordinados à sua jurisdição)[243]; **b)** o da nacionalidade ou da personalidade (aplica-se a lei penal do país da nacionalidade do autor – personalidade ativa – ou da vítima – personalidade passiva –, sem que importe o lugar do fato)[244]; **c)** o real ou de defesa (a lei aplicável é a do estado titular do bem jurídico lesionado ou onde vive o sujeito passivo); **d)** e o universal ou de justiça universal (o estado que detém o autor aplica sua lei, não importando o lugar do fato, nem a nacionalidade do autor ou da vítima, nem tampouco a titularidade do bem jurídico)[245]. Apesar de tais princípios se combinarem nos sistemas concretos de modo diverso, nenhuma lei pode prescindir do princípio da territorialidade, que é sempre necessário, ainda que insuficiente. Pode-se afirmar que todos os sistemas concretos são combinações dos três princípios restantes para limitar ou estender a aplicação sob critério territorial. Como as disposições de direito penal internacional são nacionais, cada país combina os mencionados princípios de um modo particular e, em geral, pode-se observar a maior incidência do princípio da personalidade ou nacionalidade no continente europeu em oposição ao latino-americano. Os conflitos que se produzem nesse sentido não têm solução, pois cada país aplica sua própria legislação.

3. Segundo o princípio da territorialidade[246], a lei penal brasileira é aplicável aos crimes cometidos no território nacional, ressalvadas as convenções, os tratados e as regras de direito internacional (art. 5° CP). Temperado por tal ressalva – que, entre outros efeitos, viabiliza as imunidades diplomáticas – o princípio da territorialidade tem sua operatividade subordinada ao esclarecimento prévio de dois conceitos: o de *território* e o *de lugar do crime*. O conceito de território, cujas raízes estão no direito internacional público, deve ser buscado não por critérios geográficos e sim jurídicos, tendo como referência central o exercício da soberania. Uma boa prova disto está na questão do chamado *mar territorial*. O critério realista, formulado por Hugo Grócio em 1609, em seu *Mare Liberum*, segundo o qual o poder sobre o mar coincidia com a força das armas (*armorum vis*), ou seja, com o alcance da artilharia costeira, referendado em nossa história por um alvará de 1805 e uma circular do Ministério da Guerra em 1850, sucumbiu – muito antes dos mísseis intercontinentais que o tornariam risível – ao costu-

[243] Especialmente sobre o conceito de "território", cf. Fierro, Guillermo J., op. cit., pp. 215 ss.

[244] Oehler, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, p. 443; Harb, Benjamín Miguel, *Derecho Penal*, p. 126.

[245] Oehler, Dietrich, op. cit., p. 519.

[246] Sobre o tema, cf. Hungria, Comentários, I, p. 146; A. Bruno, Direito Penal, I, p. 216; Fragoso, Lições, PG, p. 112; Mestieri, Manual, p. 79; Regis Prado, Luiz, Curso, p. 105; Mirabete, J. Fabbrini, Manual, I, p. 74; Bitencourt, Manual, p. 149; Leonardo Lopes, J., Curso, p.59; Damásio, Direito Penal, I, p. 122.

me internacional, que no entorno da chamada I Guerra Mundial estabeleceu o limite de 3 milhas (na ocasião, também referendado entre nós por circular do Ministério das Relações Exteriores, e adotado por provisões legislativas de 1923 e 1940). A conferência da ONU sobre Direitos do Mar (Genebra, 1958) concluiu que tal limite poderia estender-se, sem contudo ultrapassar, a 12 milhas. Em 1970, por razões vinculadas a sua exploração econômica, o limite foi fixado em 200 milhas (dec. lei n° 1.098, de 25.mar.70). A adesão do Brasil à Convenção Internacional sobre o Direito do Mar, em 1987, ainda que preservando a zona de exploração econômica, fez com que o limite do mar territorial retornasse ao marco de 12 milhas, fato definitivamente consolidado pela lei n° 8.617, de 4.jan.93. O *território* é integrado pela superfície terrestre (o que abrange rios e lagos internos) compreendida entre as fronteiras político-geográficas do país, pelas ilhas brasileiras, pelo mar territorial e seu leito, e ainda pelo subsolo de todos esses elementos, bem como pela coluna atmosférica a eles sobrejacente (espaço aéreo nacional). Assimilam-se ao território as embarcações e aeronaves brasileiras públicas, "aonde quer que se encontrem", bem como as privadas quando estiverem em águas internacionais ou no respectivo espaço aéreo (art. 5°, § 1° CP). Aos crimes praticados a bordo de embarcações ou aeronaves privadas que se encontrarem em águas territoriais brasileiras ou no espaço nacional (que ilimitadamente abrange a coluna atmosférica sobrejacente ao território e também ao mar territorial – lei n° 7.565, de 19.dez.86, art. 11) aplica-se igualmente a lei penal brasileira (art. 5°, § 2° CP). O conflito de soberanias sobre rios fronteiriços resolve-se tradicionalmente por tratado entre os países interessados, que se valem dos critérios da divisão simétrica das águas ou da divisão segundo o *talweg*. O conceito de *lugar do crime* se problematiza nos chamados "crimes a distância", que são delitos de resultado nos quais a ação se passa no território de um país e o resultado se dá no território de outro (por exemplo, um homicídio por meio de uma carta-bomba remetida de Buenos Aires para o Rio de Janeiro). Renunciando aos critérios da *atividade* e do *resultado*, que privilegiam uma ou outra das duas referências disponíveis, a lei brasileira adotou o critério da *ubiquidade*, segundo o qual o lugar do crime é não somente aquele no qual ocorreu a ação ou omissão como também aquele no qual se produziu o resultado (art. 6° CP). A ocorrência de ação supõe a realização de atos de execução, sendo insuficientes meros atos preparatórios, inpuníveis (art. 31 CP). Na hipótese de tentativa, a lei penal brasileira será aplicável caso o resultado devesse produzir-se em território nacional, próprio ou assimilado (embarcações e aeronaves nacionais, nas condições anteriormente expostas), segundo uma valoração objetiva que considere a interrupção da execução "por circunstâncias alheias à vontade do agente" (art. 14, inc. II CP), e não segundo o plano do autor. Ou seja, se aquela carta-bomba fosse descoberta e retida por funcionários do serviço postal argentino, ainda em Buenos Aires, a lei penal brasileira não seria aplicável; caso a intervenção impeditiva fosse de funcionários do serviço postal

brasileiro, em qualquer parte do território nacional, a lei penal brasileira seria aplicável. Com razão, disse Hungria que "o *lugar do crime* é tudo quanto há de mais objetivo em direito penal"[247]. A objeção que se faz ao critério da ubiquidade, que conduziria a uma duplicidade punitiva (no país da ação *e* no país do resultado), é removida por disposição que determina seja a pena cumprida no exterior computada na pena imposta no Brasil, quando idênticas, ou tomada como circunstância atenuante, se diversas (art. 8° CP).

4. A despeito da indiscutível preponderância do princípio da territorialidade, não se acham por ele cobertas inúmeras situações perante as quais cabe legitimamente a aplicação da lei penal brasileira. Tais situações de extraterritorialidade buscam fundamento nos princípios, já enunciados, da *nacionalidade ou personalidade* (ativa ou passiva), da *defesa* ou da *justiça universal*. Fundamenta-se no princípio da *nacionalidade ativa* a aplicação da lei penal brasileira aos crimes praticados no exterior por brasileiro (art. 7°, inc. II, al. *b* CP), desde que presentes certas condições (art. 7°, § 2° CP). Tratar-se-á de *nacionalidade passiva* – alguns autores preferem ver aí uma vinheta do *princípio da defesa* – na hipótese de "crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil", igualmente subordinada a condições (art. 7°, § 3° CP), dispensáveis contudo pela disciplina especial da tortura (lei n° 9.455, de 7.abr.97, art. 2°). O princípio da *defesa* subjaz à incondicional aplicação da lei penal brasileira a crimes contra a vida ou liberdade do presidente da República, contra o patrimônio ou a fé pública da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, bem como entidades da administração indireta, e crimes de funcionários contra a administração pública (art. 7°, I, als. *a*, *b*, e *c* CP). Por fim, o princípio da *justiça universal* se sobrepõe à territorialidade, incondicionalmente no caso do genocídio (art. 7°, inc. I, al. *d* CP) e sob certas condições perante crimes "que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir" (art. 7°, inc. II, al. *a* CP) ou ainda na hipótese de delitos praticados a bordo de embarcações ou aeronaves privadas brasileiras que se encontrem no exterior, e aí não tenham sido julgados (art. 7°, inc. II, al. *c* CP). Nesta última hipótese alguns autores pretendem ver a intervenção de um princípio de *representação*, cujo conteúdo entretanto não é alheio ao princípio da justiça universal. Entre os documentos internacionais pertinentes ao tema, cabe mencionar, em nível regional, o tratado de direito penal internacional de Montevidéu, de 1889, e a convenção de Havana, de 1928, que aprovou o chamado Código Bustamante, bem como as inúmeras convenções pelas quais o Brasil obrigou-se a reprimir atos de pirataria, o dano a cabos submarinos, a divulgação de publicações obscenas, a falsificação de moedas, o

247 Comentários, I, p. 156.

tráfico de pessoas, o apoderamento ilícito de aeronaves, a discriminação racial, o tráfico de drogas ilícitas, a tortura e os atos de terrorismo[248].

5. Questões que pertencem nitidamente ao direito internacional são a extradição e o asilo, apesar de tradicionalmente estudadas pelos penalistas[249]. O liame visceral da extradição com o direito internacional não anula seu caráter de instituição processual-penal, assim como tal caráter não exclui tampouco sua consequência material (conteúdo punitivo) nem portanto os pressupostos do direito penal que ela requer[250]. Por isso, nesse sentido, não é aceitável a tese de que a extradição pode ser regida retroativamente, sob a argumentação que o direito internacional não proíbe a retroatividade (entraria em contradição consigo mesmo) nem tampouco pela consideração de não ter ela caráter penal material (incabível mesmo se fosse inteiramente processual, pois as leis processuais mais graves não possuem efeito retroativo). A extradição está regulada no Brasil pelo chamado Estatuto do Estrangeiro (lei nº 6.815, de 19.ago.80, alterada pela lei nº 6.964, de 9.dez.81, arts. 76 ss). Quanto ao *asilo*, tem ele uma estreita relação com o direito internacional de *refugiados*, que alcançou um extraordinário progresso nas últimas décadas, sobretudo a partir da criação do *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados*. A concessão de asilo político constitui hoje um princípio fundamental nas relações internacionais brasileiras (art. 4º, inc. X CR). Devido a essa pertinência, não cabe explorar em profundidade os referidos institutos, exceto no tocante a um conceito que deve ser dado pelo direito penal e recebido pelo direito internacional ao tratar deles, que é o de *delito* e *delinquente políticos*, excluído da extradição e amparado pelo asilo.

6. O conceito de *crime político*[251] pode ser formulado a partir de um critério estritamente objetivo, que toma em consideração o bem jurídico violado e o modo

[248] Cf. Albuquerque Mello, C. D., Direito Penal e Direito Internacional, Rio, 1978, ed. F. Bastos.

[249] Cf. Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Law*, pp. 191 ss, e *International Extradition*; Pérez, Luis Carlos, Holguin Sarria, Armando e Holguin Sarria, Álvaro, *Documentos de la extradition;* Russomano, Gilda, A Extradição no Direito Internacional e Brasileiro, Rio, 1973, ed. J. Konfino; Gueiros Souza, A. B., As Novas Tendências do Direito Extradicional, Rio, 1998, ed. Renovar; cf. ainda *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Montevidéu, 1994, ed. Un. Cat. Uruguai; sobre o asilo, cf. Francioni, Francesco, *Asilo Diplomatico*, Milão, 1973, ed. Giuffrè (com notas sobre as tradicionais relutâncias brasileiras quanto ao tema, p. 154); Kirchheimer, O., *Justicia Politica*, trad. Quijano R., México, 1968, ed. Hisp.-Americana, p. 385 ss.

[250] van den Wyngaert, Christine, em *Studies in International Criminal Law, Skrifter fran Juridiska Fakulteten i Uppsala*, nº 27, 1989, p. 43 ss.

[251] Cf. Canedo G. da Silva, C. A., Crimes Políticos, B. Horizonte, 1993, ed. Del Rey; Fragoso, H., Terrorismo e Criminalidade Política, Rio, 1981, ed. Forense; Ruíz Funes, M., *Evolución del delito político*, p. 51 ss; Sbriccoli, Mario, *Crimen Laesae maiestatis*; Du Boys, A.,

de execução, ou de um critério estritamente subjetivo, que considera os fins altruístas do agente, ou ainda segundo uma linha de conciliação que compatibiliza os dois critérios anteriores, incluindo em tal conceito delitos determinados por motivos políticos ou que constituam meio para seu cometimento (neste último caso, fala-se de delito conexo ao crime político; tal inclusão foi admitida em texto da VI Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, Copenhague, 1935). A insuficiência do critério objetivo, que reduz drasticamente o campo do crime político a certas espécies tradicionais (conspiração, delitos de opinião etc.) é reconhecida pela maioria dos autores. Por outro lado, o critério objetivo conduz à inadmissível solução de outorgar os benefícios de que deve desfrutar o delinquente político a indivíduos que atuaram movidos pelo lucro, como os mercenários e traficantes de armas. A definição de crime político interessa não apenas à extradição e ao asilo, mas também repercute em outras áreas, como a reincidência (art. 64, inc. II CP). Cabe não abrir mão do critério subjetivo, integrante da solução conciliatória de nosso direito positivo (lei nº 7.170, de 14.dez.83, art. 2º, inc. I). A gravidade de certas manifestações criminais foi aproveitada para propor-se eliminar toda a tradição de privilégio do crime político: com razão afirmou-se que sob tal tendência Cristo seria novamente crucificado[252]. Cumpre finalmente ponderar que delitos comuns praticados por sujeitos concretamente determinados, em razão de sua classe social ou etnia, sob condições estruturais de miséria, opressão econômica e desassistência, nas quais sejam impelidos à prática delituosa como estratégia de sobrevivência, tendem a converter-se em delitos políticos.

VI. Interdisciplinaridade com o direito administrativo

1. Define-se o direito administrativo como *o ramo do direito público que estuda o exercício da função administrativa e a proteção judicial existente contra esta*[253], mas reconhece-se também que essa ideia é produto de uma evolução advinda do direito administrativo do estado de polícia, ou seja, de uma concepção em que, praticamente, regia uma única norma básica: o estado pode

Histoire du droit criminal des peuples anciens, p. 364; Boaventura de Souza Santos, Os crimes políticos e a pena de morte, RDP nº 1, p. 45 ss; Gómez, Eusebio, *Delincuencia político-social*, p. 61.

[252] Opinião de Manzini, acolhida por Millán, A. S., *Amnistia Penal*, p. 52.

[253] Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, p., V. 29. Uma apreciação sobre a definição de Gordillo em Valle Figueiredo, Lúcia, Curso de Direito Administrativo, S. Paulo, 2000, ed. Malheiros, p. 29; um apanhado dos diversos critérios definitórios em Cretella Júnior, José, Direito Administrativo, S. Paulo, 1962, ed. RT, pp. 1 ss; cf. ainda Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, S. Paulo, 2000, ed. Malheiros, p. 32 e Brandão Cavalcanti, Themístocles, Curso de Direito Administrativo, Rio, 1964, ed. F. Bastos, pp. 23 ss.

tudo[254]. Conforme já se observou, essa dinâmica não é linear, mas sim o estado de polícia se mantém sempre encapsulado no estado de direito, em luta permanente contra seu modelo, com tendência constante a abusar da coerção direta de execução imediata ou instantânea, a impor coerção direta diferida ou prolongada fora de todo controle jurisdicional[255], e por último, a exercer poder punitivo e de vigilância por conta própria, penetrando todos os âmbitos. Em geral, o discurso de racionalização do exercício do poder punitivo por parte da administração invoca a necessidade ou a defesa de uma suposta *ordem pública* que se torna independente da lei para adquirir uma existência supralegal própria[256], tanto quanto uma *moral pública*, que se arvora em uma nebulosa que tudo abarca. Trata-se de elementos que cabem em qualquer discurso autoritário: procuram legitimar a imposição de penas pelo poder executivo ou por seus funcionários de menor escalão. Quando o direito administrativo falha em sua função protetora-judicial perante a administração, a tendência punitiva do poder administrador não é contida pelas agências jurídicas, e o estado de polícia avança. Um controle de constitucionalidade tímido e um poder judicial verticalizado, com escassa margem de independência interna ante as cúpulas politicamente articuladas, incrementam essa tendência. Um direito penal limitador ou de contenção, que exija para as agências jurídicas o monopólio das decisões, no que tange às leis com funções penais manifestas ou tácitas, e o controle da aplicação das leis com funções penais tácitas e eventuais, estará sempre em relação tensa e contraditória com o poder da administração, cuja essência fagocitária a impulsiona para absorver toda a função punitiva. Uma relação difícil como essa se manifesta em múltiplos campos, como já se observou a respeito do direito penal contravencional e do direito penal militar; no entanto, restam muitíssimos pontos fronteiriços de luta constante, sem prejuízo daqueles que se possa imaginar para a criação de outros no futuro. Ao desenvolver aqui a interdisciplinaridade com o direito administrativo, serão assinalados apenas os principais momentos tensionais percebidos no presente.

2. A acelerada produção legislativa dá lugar a leis que amalgamam sanção de natureza diversa, entre as quais costumam ser incluídas penas. Tais justaposições legislativas de sanções restitutivas e reparatórias, de medidas de

[254] Gordillo, *op. cit.*, II, pp. 2 ss.

[255] A crítica a essa coerção como "poder de polícia", por seu fundamento autoritário; em Gordillo, *op. cit.*, v. 2, pp.V-1 ss.

[256] Assim ocorria entre nós, até recentemente, com a chamada "detenção para averiguação" largamente empregada pela polícia, e segue ocorrendo com as buscas pessoais que impõem, ao largo da previsão legal (arts. 240, § 2º e 244 CPP), humilhantes revistas em pessoas cuja classe social ou etnia correspondam aos estereótipos criminais.

coerção direta e de penas, ocorrem por diversos motivos, alguns de sistematização impossível, porque correspondem apenas a falhas técnicas ou à necessidade política de conjugar critérios incompatíveis para causar impacto na opinião pública com uma resposta simbólica. As mais utilizadas nas últimas décadas são as pertinentes às áreas do chamado *direito penal econômico*[257] (particularmente fiscal), do também denominado *direito empresarial* ou *dos negócios*[258] e do *direito ecológico* ou *do meio ambiente*[259] que, em parte pelo menos, pode-se incluir no anterior (como círculos parcialmente superpostos). Tradicionalmente, as disciplinas jurídicas se delimitam conforme o modo em que suas sanções procuram resolver ou decidir os conflitos. Quando se renuncia a esse critério, para definir uma área jurídica como um âmbito do mundo abarcado, prescindindo-se da natureza dos conflitos e da maneira de decidi-los ou solucioná-los, produz-se uma inevitável justaposição de sanções e, portanto, mesclam-se as disciplinas jurídicas a elas referenciadas. Isso acontece no direito da criança e do adolescente, no direito militar, assim como quando se reivindica a existência de um direito nuclear, de um direito trabalhista em sentido total (abarcador do direito contratual trabalhista, do direito sindical e da previdência social, dos delitos relacionados etc.), de um direito do transporte, de um direito eleitoral etc.

3. Não se trata de polemizar sobre técnicas legislativas, porque mesmo aceitando a conveniência de legislar desta maneira, não se pode sustentar que cada uma dessas leis faz nascer um ramo do direito ou uma disciplina jurídica, mas apenas uma hipótese de trabalho complexa, para a qual confluem diversos saberes jurídicos. Por isso, ao incluir-se nessas matérias legislativas um capítu-

[257] Sobre esse conceito, Arroyo Zapatero, Luis e Tiedemann, Klaus (orgs.), em *Estudios de Derecho Penal Económico*; Righi, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado*; *Consiglio Superiore della Magistratura*, *Il Diritto Penale europeo dell'Economia*; em geral, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* (publicada desde 1987 sob a direção de Zuccalà, Giuseppe); em particular sobre direito penal tributario, Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo, *Diritto Penale Tributario*; Abreu Machado Derzi, Misabel de, Direito Tributário, Direito Penal e Tipo; Muylaert Antunes, E. A. (org.), Direito Penal dos Negócios, S. Paulo, s/d, ed. AASP; Podval, Roberto (org.), Temas de Direito Penal Econômico, S. Paulo, 2000, ed. RT; entre a farta literatura europeia, Astolfo di Amato, *Tratato di Diritto Penale delle'Impresa*, Pádua, 1990, ed. Cedam, 6 vols.

[258] O conceito de direito penal dos negócios como o oposto do direito penal econômico, no sentido de infração financeira, em Delmas-Marty, Mireille, *Droit Pénal des Affaires*, I, p. 5. Cf. ainda García, Luis M. e Llerena, Patricia M., *Criminalidad de empresa*; Maier, Julio B.J. (org.), *Delitos no convencionales*; Malamud Goti, Jaime, *Política criminal de la empresa*.

[259] Sobre isso, AIDP, *Actas*; Dotti, René Ariel, A Proteção Penal do Meio Ambiente, Curitiba, 1978, ed. IAP; Costa Jr., Paulo José e Gregori, Giorgio, Direito Penal Ecológico, S. Paulo, 1981, ed. CETESB; Passos de Freitas, Vladimir e Passos de Freitas, Gilberto, Crimes contra a Natureza, S. Paulo, 1995, ed. RT; Mascarenhas Prado, A. R., Proteção Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 2000, ed. Atlas; Sirvinskas, Luís Paulo, Tutela Penal do Meio Ambiente, S. Paulo, 1998, ed. Saraiva; Régis Prado, Luiz, Crimes contra o Meio Ambiente, S. Paulo, 1998, ed. RT.

lo penal, geralmente ele é inserido junto a disposições relativas à coerção administrativa (execução subsidiária, multas administrativas, coerção direta de execução imediata ou diferida) e inclusive, às vezes, a sanções reparatórias e restitutivas. A gravidade não reside em que o legislador assim o faça ou que se pretenda estudar o complexo interdisciplinarmente – o que não seria outra coisa senão uma discussão de técnica legislativa ou expositiva, ou ainda de autonomia acadêmica –, mas em que a doutrina se confunda e, pretendendo abarcar a totalidade, deixe de fazê-lo de um modo interdisciplinar e aplique a todas as disposições legais critérios administrativistas ou, o que é pior, que a administração aproveite essa confusão para arrogar-se a faculdade de exercer poder punitivo, isto é, de impor penas, quando seu único poder legítimo não pode superar o quadro da coerção direta. Portanto, não se trata de discutir técnicas legislativas nem expositivas, mas sim de evitar que o Poder Executivo se aproveite de uma confusão para violar a proibição constitucional de impor penas decorrente da separação dos poderes. As confusões aumentam quando se pretende a própria existência de um suposto direito penal administrativo[260], que encobre essa investida do estado de polícia, tese aventada no começo do século na Alemanha, em correspondência ao planejamento econômico e regulamentar do império guilhermino, utilizada como argumento legitimante da arbitrariedade policial[261]. Diante deste avanço da administração, seja qual for o âmbito em que se manifeste e os argumentos que esgrima, é função do direito penal a sinalização precisa do conteúdo punitivo da coerção, para conceder o controle da mesma às agências judiciais. Se as próprias agências judiciais se encarregam da imposição simultânea ou alternativa de outras sanções (se estas puderem combinar ou substituir o modelo punitivo de decisão com ou por outro modelo de solução de conflitos), é uma mera questão de competência: o juiz penal pode ser competente para impor sanções administrativas, mas a administração não pode aplicar penas.

4. É necessário traçar uma cuidadosa linha de distinção entre as sanções, segundo sua natureza: a coerção direta se impõe como necessidade de interromper uma atividade ou uma omissão (para interromper um perigo em curso ou para que se cumpra um dever e até que seja cumprido); a multa, como coação administrativa, ou seja, um estímulo coercitivo ao cumprimento (como a cláusula "penal" contratual no direito privado), sem confundir-se com a multa penal ou pena de multa nem com a multa que procura reparar a lesão fiscal omissiva (reparadora). Não há inconveniente em englobar todas essas sanções em um planejamento legislativo comum e coerente quanto à obtenção de certos resultados através do funcionamento harmônico dos mecanismos de solução e decisão dos conflitos, mas desde que a legislação com função penal (manifesta ou tácita) reserve a decisão punitiva às agências jurídicas e que estas exerçam um permanente controle sobre a legislação com função eventualmente penal, a fim de evitar violações ao princípio de judicialidade e à proibição do julgamento duplo e da punição dupla[262]. Esses planejamentos não apenas são constitucionais, como inclusive desejáveis (para evitar paradoxos inconstitucionais). O controle da legislação com função tácita e eventualmente penal é uma das mais importantes tarefas do direito penal de garantias, e negligenciá-la implica a legitimação do modelo de estado de polícia, que com a pretensão de ocultar ou desmerecer o caráter penal de uma lei chega a extremos aberrantes.

5. Outro aspecto polêmico surge em torno do chamado direito disciplinar, que se ocupa das normas que prescrevem sanções para os integrantes de um corpo administrativo, funcionários de um órgão público ou paraestatal[263], que tem por objeto prover a solução de conflitos necessária para permitir o bom funcionamento da administração ou o bom desempenho de seus componentes ou de órgãos políticos ou entes de criação pública. No funcionamento de uma administração ou corporação podem surgir conflitos que não disponham de solução efetiva e, em tal caso, o único caminho é optar pelo modelo punitivo. Isso acontece quando o direito disciplinar resolve excluir a pessoa da administração, e mais ainda quando essa exclusão implica também uma interdição ou inabilitação a seu reingresso neste ou em outro exercício profissional. A exclusão e a interdição, segundo a natureza do serviço (atividade produtiva, transporte etc.), pode ser uma punição trabalhista[264]. Em tal caso o estado não pode arvorar-se em empregador privilegiado em detrimento de seus empregados, esgrimindo o direito disciplinar como pretexto. Mas no caso de carreiras administrativas para serviços próprios do estado, a exclusão implica a frustração de todo o projeto de vida da pessoa, isto é, o abandono definitivo de uma atividade profissional, o que evidencia sua natureza de pena eliminatória, em face do caráter de interdição (*de jure* ou *de facto*). As sanções que consistem em pequenas multas ou descontos (multas coercitivas para que o dever de serviço seja cumprido), as multas reparatórias para a administração (de algum modo, ressarcem pela omissão ou por um serviço malprestado), as advertências, as suspensões em prazos razoáveis, a fim de que no futuro sejam

[260] Goldschmidt, James, *El Derecho Penal Administrativo*.

[261] Cf. *supra*, § 14, III.

[262] As violações ao *non bis in idem* são evitadas mediante um claro reconhecimento da natureza das sanções; cf. Jorge Barreiro, Agustín, em *Comentarios*; Gonzalo Rodríguez Mourullo, p. 187; León Villaba, Francisco Javier de, *Acumulación de sanciones penales y administrativas – sentido y alcance del principio ne bis in idem*, pp. 97 ss; Queralt, Joan J., *El principio ne bis in idem*, pp. 27 ss; Siniscalco, Marco, *Depenalizzazione e garanzia*.

[263] A respeito da matéria no âmbito do Poder Judiciário, Parry, Adolfo E., *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, p. 341.

[264] Sobre o assunto cf. Rachid Coutinho, Aldacy, Poder Punitivo Trabalhista, S. Paulo, 1999, ed. LTr; Santos, Altamiro J., Direito Penal do Trabalho, S. Paulo, 1997, ed. LTr.

cumpridos os deveres omitidos, são formas de intervenção coercitivas; as suspensões para impedir o prosseguimento de uma atividade lesiva ou para restabelecer um serviço interrompido ou deteriorado, representam formas de coerção direta de execução instantânea, e tudo isso desfruta de racionalidade, sempre que a decisão administrativa seja controlável por parte da agência judicial e respeite o *princípio da proporcionalidade*. Mas a exclusão (exoneração, demissão, baixa), a interdição e a inabilitação são penas e, como tais, não deveriam ser decididas por outra agência que não fosse a judicial.

6. É possível argumentar que a exclusão, a interdição e a inabilitação pretendem impor coerções diretas que impeçam o prosseguimento da atividade lesiva. Entretanto, isso mesmo pode ser obtido com a suspensão e, muito raramente requer uma exclusão drástica que, via de regra, se impõe invocando argumentos tais como o mau exemplo, a necessidade de fortalecer a autoridade hierárquica, a depuração da administração etc., nitidamente punitivos e que, portanto, decidem o conflito, mas não o solucionam. São também punitivas as sanções privativas da liberdade, quando não impostas por estrita necessidade de coerção direta ou com objetivos puramente simbólicos. Trata-se de sanções inadmissíveis nos serviços civis, ainda que nos serviços militares ou de segurança pública sejam aceitáveis, desde que de ínfima duração. As atribuições de determinar detenções só se justificam em função de coerção direta e não fazem parte do direito disciplinar, porquanto este é apenas aplicável ao *intraneus*, de vez que o cidadão não tem qualquer dever especial de fidelidade ao *amo*, ao passo que aqueles que integram a administração ou determinadas corporações sim[265]. Em síntese, o direito disciplinar é uma legislação que tem funções tácitas eventualmente penais. As agências jurídicas devem controlá-lo para evitar que a administração imponha penas. Quanto ao restante do poder disciplinar, basta controlar sua racionalidade, as elementares garantias que correspondem a qualquer sanção e, além do mais, incumbe ao direito trabalhista vigiar este poder, a fim de que não se converta em um pretexto para que o estado se arvore em um empregador privilegiado.

7. É possível também argumentar contra esse reclamo de monopólio punitivo pelas agências jurídicas alegando que essas poderiam violar o princípio *ne bis in idem*. Em se tratando de sanções administrativas (direito disciplinar propriamente dito) a objeção não seria válida, porque não se trataria de duas penas, mas sim de uma pena e uma sanção administrativa. Apresentar-se-ia o problema no caso de ser a pessoa absolvida por um delito e, não obstante, considerar-se que seu comportamento a fez merecedora da pena de exclusão. Reconhecido

[265] Cf. Soler, I, p. 26; Maurach, p. 10; Stratenwerth, p. 32, em sentido contrário, Núnez, I, p. 31; García Rua, Óscar Jorge, em Aftalión, E. (org.), *Tratado de Derecho Penal Especial*, V, pp. 118 ss.

o caráter penal da exclusão, seu pressuposto indispensável seria um delito. Comprovados todos os seus elementos, na hipótese de haver concurso material com outro delito contra a administração ou contra particulares, não haveria nenhum problema de violação do *ne bis in idem*, mesmo no caso em que não se chegasse a decidir a criminalização pelo outro delito e somente fosse imposta a pena de exclusão ou inabilitação, ou interdição. Se o concurso fosse ideal, a indivisibilidade do fato exigiria um único julgamento, não sendo possível desdobrá-lo. Na verdade, o *ne bis in idem* é violado quando um órgão administrativo impõe penas, acarretando também a violação dos princípios de legalidade e jurisdicionalidade. O que acontece é que a administração avançou policialmente sobre o estado de direito e está impondo penas de exclusão, inabilitação ou interdição, baseada em tipos construídos de um modo analógico (indignidade, má conduta, conduta desregrada, falta de decoro etc.). Este é o âmbito que as agências jurídicas devem disputar em defesa do estado de direito, promovendo reformas legislativas mediante o controle de constitucionalidade.

8. A única pena de exclusão não aplicável por agência judicial que nossa Constituição admite é aquela reservada às casas do Congresso Nacional (art. 55 CR), que só pode ser imposta a deputado ou senador. No âmbito do Poder Judiciário, certas vedações às quais estão sujeitos os magistrados (art. 95, par. ún. CR) proveram fundamento à exclusão, porém sua aplicação toca a uma agência judicial (lei comp. nº 35, de 14.mar.79, arts. 26 ss). Quanto aos funcionários públicos civis, ainda que sua exclusão seja admitida também mediante procedimento administrativo com ampla defesa, a Constituição praticamente fomenta o controle judicial de tal ato, ao prever sua invalidação por sentença (art. 41, §§ 1º e 2º CR).

9. Cabe finalmente advertir para a aplicação indiscriminada de penas de inabilitação (interdição de direitos), ao largo de sua expressa previsão legal (art. 47 CP), constitucionalmente ancorada (art. 5º, inc. XLVI, al. *e* CR), e com violação do princípio da jurisdicionalidade. Não é incomum que leis estaduais ou municipais, ou mesmo resoluções e portarias, bem como eventualmente decretos e avisos ministeriais – todos incapacitados pela Constituição para prover criminalização primária – lancem mão da pena de interdição de direitos, que supõe necessariamente a prática de um crime afirmada por sentença judicial. A condição de pena de tal medida, que deflui do texto da Constituição, bem como sua previsão na lei penal manifesta, evidenciam suficientemente o abuso que consiste em seu emprego no âmbito administrativo.

VIII. *Interdisciplinaridade com o direito privado*

1. O caráter descontínuo do exercício do poder punitivo[266] se baseia na ideia de que os bens jurídicos são criados como tais por outros ramos do ordenamento jurídico. A diferença com esses ramos se apoia na especial característica da pena, que confisca o conflito (da vítima), mas isso, naturalmente, não obsta a aplicação de sanções pelos demais ramos ao mesmo fato. A constatação de que o delito pode ter consequências civis, por exemplo, ensejou a ideia de agrupá-las todas sob o nome de *direito criminal civil*, propondo-se, inclusive, um *direito penal comercial* e até um *direito penal trabalhista*.

2. Tanto a tipificação de ilícitos do direito privado quanto a descoberta da subordinação da vítima e a consequente tentativa de mitigação dessa circunstância não devem ser confundidas com o poder punitivo. Sem dúvida alguma, esta última mobilização leva a uma irracionalidade menor, ao propor uma revalorização do direito da vítima à reparação, mas convém sempre destacar que a mesma se distingue nitidamente do exercício do poder punitivo, pois a sanção reparadora é completamente diferente da pena, que carece da capacidade de solucionar o conflito, além de ser seletiva e deteriorante.

3. A participação da vítima e as soluções reparadoras, como alternativas para o modelo penal, são racionais e não devem ser vistas como apêndices legitimantes do exercício do poder punitivo, sob pena de passar-se da superada *euforia pela ressocialização do condenado* à *euforia pela reparação do lesionado* [267]. Não se deve esquecer que o ressarcimento como pena foi a proposta do velho positivismo italiano, que parece ressurgir em outras propostas similares recentes: pretende-se agregar um novo conteúdo ou função para a pena, assinalando que a reparação não seria a finalidade dela, mas sim uma terceira via relevante no momento da realização dos objetivos preventivos gerais ou especiais, juntamente com a pena e a medida de segurança, podendo substituí-las ou atenuá-las[268]. Outros proponhem que se conserve íntegra sua natureza civil, mas servindo para atenuação da pena[269]. Cumpre observar que esta tendência – que, de certa forma, retorna ao positivismo – não pode ser aceita como caminho para relegitimar o exercício do poder punitivo que, cada vez com menos argumentos, converge para uma confusão entre coerção reparadora e punitiva, para fortalecer a fraca legitimação desta última. Além disso, o ressarcimento introduzido no exercício do poder punitivo transferiria para a coerção reparadora a seletividade deste, o que, unido à seleção vitimizante, só reproduziria o modelo discriminatório punitivo.

266 Cf. *supra*, § 9.

267 Hirsch, Hans Joachim, *De los delitos y de las víctimas*, pp. 58 ss.

268 Cf. Roxin, Claus, em *De los delitos y de las víctimas*, pp. 148 ss.; também em *L'Indice Penale*, 1989, pp. 5 ss.; Frehsee, G., em KJ, 1982, pp. 126 ss., admite a imposição coativa.

269 Maier, Julio, em *Jueces para la democracia*, nº 12, 1991, pp. 31 ss.; Hirsch, Hans Joachim, *Acerca de la posición de la víctima*, em *De los delitos y de las víctimas*, cit.; ampla análise em Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal*.

4. No campo do direito privado se acentua o declínio da responsabilidade individual e do abandono da culpa – civil – como fundamento da responsabilidade, com a consequente aplicação de postulados da responsabilidade objetiva, com ineficácia de cláusulas de exoneração ou limitação. Por sua vez, observa-se a recepção das categorias de pena privada ou de dano punitivo do âmbito anglo-saxão, associadas a uma ideia de prevenção, quando o ressarcimento do prejuízo é considerado insuficiente[270]. Isto significa que, por vontade das partes ou por mandado legal, sem recorrer aos princípios penais, condutas são sancionadas mediante imposição de uma soma de dinheiro em favor da vítima, do estado ou de um terceiro. Afirma-se que tal solução é adequada quando medeia um enriquecimento ilícito, obtido pelo ato injusto, ou quando sua dimensão social é maior que o dano individual provocado. Trata-se ali de uma tendência inversa à penal, porque parte da reparação para obter prevenção.

270 Sobre isso, Busnelli, Francesco e Scalfi, Guido, *Le pene private*; Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilitá civile*; Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldemberg*; A. Alterini e J. López Cabana (orgs.), pp. 283 ss.

CAPÍTULO VI

DINÂMICA HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO PENAL (CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA)

AA. VV., A CERJ e a História da Energia Elétrica no Rio de Janeiro, Rio, 1993, ed. CERJ; AA.VV Brasil: Nunca Mais, Petrópolis, ed. Vozes, p. 291; AA.VV. Direito e Cidadania na Pós-modernidade, Piracicaba, 2002, ed. UNIMEP; Actos, Attribuições, Deveres e Obrigações dos Juízes de Paz, Rio, 1884, ed. Laemmert; Addor, Carlos Augusto, A Insurreição Anarquista no Rio de Janeiro, Rio, 1986, ed. Dois Pontos; Adorno, Sérgio, Os Aprendizes do Poder, Rio, 1988, ed. Paz e Terra; Aguiar Serra, Carlos Henrique, História das Ideias Jurídico-penais no Brasil: 1937 a 1964, Niterói, 1997, tese doutoral, *mimeo*, UFF; Aguirre, Julián, *Código Penal de la República Argentina, Anotado y concordado con las notas del proyecto primitivo*, Buenos Aires, 1887; Albuquerque, Manoel Maurício de, Pequena História da Formação Social Brasileira, Rio, 1981, ed. Graal; Alencastro Autran, M.G. de, Código do Processo Criminal de Primeira Instância, Rio, 1880, ed. Garnier; Almeida, Rita Heloisa, O Diretório dos Índios, Brasília, 1997, ed. Un.B; Alternative *Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*; em Zaffaroni, E.R., *Parte General de la Reforma Penal de la República Federal Alemana*, México, 1975; Alvarado Planas, Javier, *El Problema del Germanismo en el Derecho Español*, Madri, 1997, ed. M. Pons; Alves, João Luiz, A questão do elemento servil, em Anais do I° Cong. Hist. Nacional, Rio, 1914, pp. 187 ss; Alves Júnior, Thomaz, Annotações Theoricas e Praticas ao Código Criminal, Rio, 1864, ed. F.L. Pinto & Cia.; Alvim, Zuleika, Imigrantes: a vida privada dos pobres do campo, em Novais, Fernando A. (org.) História da Vida Privada no Brasil; Amaral Lapa (org.), Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão-Pará, Petrópolis, 1978, ed. Vozes; *America's Watch*, Violência Policial no Brasil, S. Paulo, 1987, ed. OAB-SP; Antonil, André João, Cultura e Opulência do Brasil, B. Horizonte, 1982, ed. Itatiaia; Antón Oneca, José, *El Código penal de 1870*, em ADPCP, Madri, pp. 229 ss.; Araújo Júnior, J. Marcello, Roberto Lyra, Rio, 1980, ed. Forense; Arenal, Concepción, *Estudios Penitenciarios*, Madri, 1877; Argibay Molina, *A propósito de una crítica*, em LL, 110-1089; Arnoni Prado, Antonio (org.), Libertários no Brasil, S. Paulo, 1986, ed. Brasiliense; Arruda Júnior, Edmundo Lima, Direito Moderno e Mudança Social, B. Horizonte, 1997, ed. Del Rey; Assis Ribeiro, C.J., História do Direito Penal

Brasileiro, Rio, ed. Z. Valverde; Assis Toledo, Francisco, O Erro no Direito Penal, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva; Ataliba Nogueira, J. C., Medidas de Segurança, S. Paulo, 1937, ed. Saraiva; Auler, Hugo, Suspensão Condicional da Execução da Pena, Rio, 1957, ed. Forense; Autos da Devassa – A Prisão dos Letrados no Rio de Janeiro, Rio, 1994, ed. Arq. Pub.; Azevêdo, Jackson C. de, Reforma e Contrarreforma Penal no Brasil, Florianópolis, 1999, ed. OAB-SC;Ballvé, A. – Desplats, M. L., *Primer censo carcelario de la República Argentina de 1906*, Bs. As., 1909; Ballvé, A., *La Penitenciaria Nacional de Buenos Aires*, Bs.As., 1907; Bandechi, Pedro Brasil, Legislação básica sobre a escravidão no Brasil, em Rev. História, pp. 207ss.; Bandeira, Esmeraldino, Curso de Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. F. Alves; Baptista Correia, João, Breves Considerações sobre alguns Pontos de nossa Legislação Criminal, Rio, 1846, ed. Imparcial; Barbaroux, *De la transportation. Apercus législatifs, philosophiques et politiques sur la colonization pénitentiaire*, Paris, 1857; Barcellos, Caco, Rota 66, S. Paulo, 1992, ed. Globo; Bassanelli Sommariva, Gisella *Lezioni di diritto penale romano*, Bolonha, 1996; Bassiouni, M. Cherif (org.), *The Islamic Criminal Justice System*, N. York, 1982, ed. Oceana; Batista, Nilo, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, Rio de Janeiro, 2000; do mesmo, Política criminal com derramamento de sangue, em DS –CDS, nº 3, pp. 77 ss; do mesmo, Alternativas à Prisão no Brasil, no volume Punidos e Mal Pagos, cit., pp. 126 ss; do mesmo, Práticas Penais no Direito Indígena, em RDP 31, pp. 75 ss; do mesmo, A usura nos tempos do neoliberalismo, DS-CDS 3/215 ss; do mesmo, Concurso de Agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, Rio, 1979, ed. L. Juris; do mesmo, Lei da censura e lei da imprensa, em Punidos e Mal Pagos, Rio, 1990, ed. Revan, pp. 139 ss; também, O direito da tortura e da morte, em Temas de Direito Penal, Rio, 1984, ed. L. Juris; e ainda, Os sistemas penais brasileiros, em Pereira de Andrade, Vera Regina (org.) Verso e Reverso do Controle Penal, Florianópolis, 2002, ed. Fund. Boiteux, e Prezada Senhora Viégas, em DS-CDS, nº 9/10, pp. 103 ss; Batista Pereira, *Notas Históricas*, publicadas, em 14 capítulos, por Raja Gabaglia (org.) Revista de Jurisprudência, Rio, 1898-1899, ed. Aldina, vols. II a VI; Batista, Vera Malaguti, Difíceis Ganhos Fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Rio, 1998, ed. F. Bastos; da mesma, O medo e o método, em DS-CDS, nº 9/10; Bauman, Zygmunt, Globalização – as consequências humanas, trad. M. Penchel, Rio, 1999, ed. Zahar; do mesmo, O Mal-estar da Pós-modernidade, trad. M. Gama e C. M. Gama, Rio, 1998, ed. Zahar; Bellemare, D.G., *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, en que van sentados los principios que podrán servir de base para un código de leyes nacionales, por D.G.Bellemare. Abogado. Antiguo magistrado francés y ciudadano de la República Argentina. Acompañado con dos discursos sobre la pena de muerte, el primero en pro de la pena por D.*

Valentín Alsina; y el otro en contra por rel Sr. Bellemare, Buenos Aires, Imprenta del Estado, Calle de la Biblioteca n. 89, 1829 (reprodução facsimilar, Buenos Aires, 1949); Benci, Jorge, Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos, S. Paulo, 1977, ed. Grijalbo, p. 156; Benchimol, Jaime Larry, Pereira Passos: um Haussmann Tropical, Rio, 1991, ed. Bib. Carioca; Bergalli, Roberto, *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980; do mesmo – Resta, Eligio, *Soberanía: Un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona, 1996; Beristain, Antonio, *La reforma del código alemán*, Madri, 1969; Berman, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, México, 1996, ed. F. de Cult. Econômica; Bernaldo de Quiróz, Constancio, *Alrededor del delito y de la pena*, Madri, 1904; do mesmo, *La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*, Madri, 1907; Bernardino Gonzaga, João, O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil, S. Paulo, s.d., ed. M. Limonad; Berni y Catalá, José, *Apuntamientos de las leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna, que escribe el Doctor Don Joseph Berni y Catala, Partida VII, en Valencia, por los Herederos de Gerónimo Conejos*, 1759; Bessa Antunes, Paulo, A Propriedade Rural no Brasil, Rio, 1985, ed. OAB-RJ; Bethencourt, Francisco, História das Inquisições, S. Paulo, 2000, ed. Cia. das Letras; Bevilacqua, Clovis, Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista, em Criminologia e Direito, Bahia, 1896, ed. Liv. Magalhães, pp. 221 ss; Bezerra Câmara, Subsídios para a História do Direito Pátrio, Rio, 1973, ed. Brasiliana; Bicudo, Hélio P., Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte, S. Paulo, 1977, ed. Pont. Com. Just. e Paz; Bise, E., em *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporáneo*, Roma, 1930, pp. 126 ss.; Blackstone, W., *Commetaires sur les lois anglaises par W.B. avec des notes de M. Ed. Christian; traduits de l'anglais su la quinzième édition par N. M. Chompré*, Paris, 1822 (5 vols.); Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Curiosidades penales*, em JA, 1964, 114-965; Blanche, Antoine, *Études praticues sur le Code Pénal*, Paris, ed. Librairie Générale de Jurisprudence, 1867; Bochi, João Ildebrando (org.) Restrições Externas e Desenvolvimento Econômico no Brasil, S. Paulo, 2000, ed. EDUC; Böhmer, Georg Wilhelm, *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts*, Göttingen, 1816 (reimp. Amsterdam, 1970); *Boletín Oficial del Estado, Separata, Código Penal*, Madri, 1995; Bonavides, Paulo – Paes de Andrade, História Constitucional do Brasil, Brasília, 1988, ed. Paz e Terra; Bonfante, Pietro, *Le leggi di Hammurabi*, Milão, 1903; Bonneville de Marsangy, A., *L'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, Paris, 1864; do mesmo, *De La amelioration de la loi criminel*, Paris, 1855; Boris Fausto, Crime e Cotidiano, S. Paulo, 1984, ed. Brasiliense; Bouzon, Emanuel, Código de Hammurabi, Pe-

trópolis, 1976, ed. Vozes; do mesmo, As Cartas de Hammurabi, Petrópolis, 1986, ed. Vozes; também, Ensaios Babilônicos, P. Alegre, 1998, ed. PUCRS; Brandão Murakani, A. Maria (org.) A Revolução de 1930 e seus Antecedentes, Rio, 1980, ed. N. Fronteira; Braz Florentino, Lições de Direito Criminal, Pernambuco, 1872, ed. J.N. Souza, p. 131; Brenon, Anne, *Les Cathares*, Toulouse, 1998, ed. Milan; Bretas, Marcos Luiz, A Guerra das Ruas, Rio, 1997, ed. Arq. Nac.; Britto, Rossana G., A Saga de Pero do Campo Tourinho, Petrópolis, 2000, ed. Vozes; Bruno, Aníbal, Direito Penal, Rio, 1959, ed. Forense, v. I, t. 1°; do mesmo, Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança, Rio, ed. Rio; Brunner, Heinrich, *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona, ed. Labor; Brusa, Emilio, *L'ultimo progetto di Codice Penale Olandese*, Zanichelli, Bolonha, 1878; do mesmo, *Codice Penale Olandese, 3 Marzo 1881*, Florença, 1882; Buarque de Holanda, Sérgio (org.), História Geral da Civilização Brasileira, S. Paulo, 1976, ed. Difel; Bueno Arus, Francisco, *La XI reunión plenaria de la comisión redactora del código penal tipo para Latinoamérica (Madri, 22-30 de março de 1977)*, em *Documentación Jurídica*, Madri, n°. 14, abril-junho 1977; *Bundesministerium für Justiz, StGB Dokumentation zum Strafgesetzbuch*, Viena, 1974; o projeto oficial em: Protokollen des Nationalrates XIII G.P., *Regierungsvorlage 16.11.1971*, Viena; Bustos Ramirez, Juan e Valenzuela Bejas, Manuel, *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, B. Aires, 1981, ed. Depalma; Cabral, Reinaldo e Lapa, Ronaldo (orgs.) Desaparecidos Políticos, Rio, 1979, ed. Opção; Câmara Cascudo, Mouros, Franceses e Judeus – Três Presenças no Brasil, S. Paulo, 2001, ed. Global; *Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, Proyecto de Código Penal enviado por el Poder Ejecutivo al H. Congreso de la Nación, em 10.nov.1960*, Buenos Aires, 1961; *Cámara de Diputados de la Nación, Comisión Especial de Legislación penal y carcelaria, Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1917; *Cámara de Diputados de la Nación, Proyecto de Código Penal para la República Argentina presentado por el Sr. Diputado Dr. Rodolfo Moreno (h)*, Buenos Aires, 1916; Camargo, J.A., Direito Penal Brasileiro, Rio, 1881; Campos, Reynaldo Pompeu de, Repressão Judicial no Estado Novo, Rio, 1982, ed. Achiamé; Cancelli, Elizabeth, O Mundo da Violência, Brasília, 1994, ed. UnB.; Cancino, Antonio J., *Nuevo Código Penal*, Bogotá, 1980; Canclini, Arnoldo, *Ushuaia 1884-1984, Cien años de una ciudad argentina*, Ushuaia, 1984; Canedo Gonçalves da Silva, Carlos Augusto, Crimes Políticos, B. Horizonte, 1993, ed. Del Rey; Cantarella, Eva, *Les peines de mort en Grèce et à Rome,* Paris, 2000, ed. A. Michel; Capistrano de Abreu, Capítulos de História Colonial, Brasília, 1982, ed. UnB; Cardassi, Carlo, *Tesmologia Penale o vero analisi ragionata delle teorice di dritto penale compilata ad istituzione per la seconda parte del Codice del Regno delle Due Sicilie*, Nápoles, 1858; Carneiro da Cunha, Manuela (org.), Legislação

Indigenista no Século XIX, S. Paulo, 1992, ed. Edusp; Carone, Edgard, Movimento Operário no Brasil, Rio, 1979, ed. Difel, 2 vols.; Carrancá y Rivas, Raúl, *Las penas y las Leyes de Indias*, em *Recopilación de las Leyes de los Reynos*, México, 1987, T. V, pp. 435 ss.; Carrancá y Trujillo, Raúl – Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal Anotado*, México, 1990; Carrara, Sérgio, Crime e Loucura, Rio, 1998, ed. EdUERJ; Cartuyvels, Yves, *D'où vient le Code Pénal? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe. Siécle*, Bruxelas, 1996; Casabo Ruíz, José R., *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, em ADPCP, Madri, 1969, pp. 314 ss.; também, *El proyecto de Código Criminal de 1830*, Murcia, s.d.; também *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino*, Murcia, s.d.; *El Proyecto de Código Criminal de 1834*, Múrcia, s.d.; Carvalho Durão, Eduardo Teixeira de, A concausa no homicídio, em O Direito, Rio, 1891, ed. Montenegro, v. 55, pp. 540 ss; Carvalho, Elysio de, A Polícia Carioca e a Criminalidade Contemporânea, Rio, 1910, ed. Imp. Nac.; Carvalho Filho, Luís Francisco, Motta Coqueiro: o erro em torno do erro, em Rev. IBCCrim, v. 33, pp. 261 ss; Carvalho Franco, Maria Sylvia, Homens Livres na Ordem Escravocrata. S. Paulo, 1983, ed. Kairós; Carvalho, J. M. (org.) Bernardo Pereira de Vasconcellos, S. Paulo, 1999, ed. 34; Carvalho, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio, 1996, ed. Luam; do mesmo, Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual, em Wunderlich, Alexandre *et alii*, Diálogos sobre a Justiça Dialogal, Rio, 2002, ed. L. Juris, pp. 129 ss; Casabo Ruíz, José Ramón, *El proyecto de Código penal de 1938 de FET y de las JONS*, Murcia, s.d.; do mesmo, *El proyecto de Código Penal de 1939*, Múrcia, s.d.; Castello Branco, Eurico, Anotações às Leis de Segurança Nacional e Economia Popular, Rio, 1940, ed. Jacintho; Castel, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Bs. As., 1997; Castro Gomes, Ângela, A Invenção do Trabalhismo, Rio, 1994, ed. R. Dumará; Cattaneo, Mario, *Illuminismo e legislazione*, Milão, 1966; Cerqueira Filho, Gisálio, A Questão Social no Brasil, Rio, 1982, ed. Civ. Bras.; Cerqueira, Marcello, A Constituição na História, Rio, 1993, ed. Revan; Chalhoub, Sidney, Trabalho, Lar e Botequim, Campinas, 2001, ed. Unicamp; do mesmo, Cidade Febril, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras; Christie, Nils, *Los Límites del Dolor*, trad. M. Caso, Mexico., 1984, ed. F. Cult. Econômica; Cipolla, Carlo M, *Historia económica de la Europa preindustrial*, Madri, 1985; Claro, Andrés, *La inquisición y la cábala. Un capítulo de la diferencia entre metafísica y exilio*, v. I, *Historia: Saber y Poder*, Santiago de Chile, 1996; Clavero, Bartolomé, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, em *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, p. 79 ss.; *Code Criminal de la Republique française*, ed Sagnier, Paris, ano VII da República, 1798-1799; *Code Criminale de l'Empire du Brésil, adopté par les Chambres Législatives dans la session de 1830, traduit*

par M. Víctor Foucher, Paris, Imprimé par autorisation du Roi à L'Imprimerie Royale, 1834; *Code des délits et des peines servant de supplêmenet au procés-verbal des séances du Corps Législatif, fevrier 1810. Texte, Paris-Hacquart; Code Pénal, Nouveau Code Pénal, Anciene Code Pénal*, Paris, Dalloz, 1995-1996; *Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Turim 1839; *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte Seconda Leggi Penali. Prima Edizione originale ed uffiziale*, Nápoles, *dalla Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale*, 1819; *Codice Ponale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastella*, Parma, Dalla Ducale Tipografia, 1820; *Código Civil de la República Argentina redactado por el Dr. D. Dalmacio Velez Sarsfield y aprobado por el Honorable Congreso de la Nación el 29 de setiembre de 1869, Edición Oficial*, New York, 1870; *Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires presentado a las Honorables Cámaras por el Poder Ejecutivo el 1° de mayo de 1857*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1857; *Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz, em Derecho Penal Contemporáneo, Seminario de Derecho Penal, Facultad de Derecho*, UNAM, México, n° 1, fev.1965; *Código Penal de España. Edición Oficial Reformada*, Madri, Imprenta Nacional, 1850; *Código Penal de la Nación Argentina. Ley n° 11.179 con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309, Edición Oficial*, Buenos Aires, 1924; *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, Edición Oficial*, Imprenta de la Penitenciaria, Buenos Aires, 1877; *Código Penal de la República Argentina y ley de reformas de 22 de agosto de 1903, Edición Oficial*, Buenos Aires, 1903; *Código Penal de la República Argentina, Edición Oficial*, Buenos Aires, *Imprenta de Sud-América*, 1887; *Código Penal de la República de Chile*, Santiago de Chile, *Imprenta de la República de Jacinto Nuñez*, 1874; *Código Penal de la República del Ecuador sancionado por la Legislatura de 1837, reimpreso por orden del Gobierno, correcto y revisado por la Comisión Permanente del Senado*, Quito, 16.mar.1845, *Imprenta del Gobierno*; *Código Penal Español, decretado por la Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madri, *Imprenta Nacional*, 1822; *Código Penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, *Imprenta del Colegio de Educandas, administrada por Manuel V. del Castillo*, 1831; *Código Penal y Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal de la República del Ecuador*, New York, *Imprenta de Hallet y Breen*, rua Fulton, n°. 58 y 60, 1872; *Código Penal*, ed. Cuzco, Lima, 1987; *Código Penal*, Provenir, San José, Costa Rica, 1991; *Código Penal. Decreto-lei N. 2.848. 7.12.40*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1941; Coelho da Rocha, Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, Coimbra, 1843, ed. Un. Coimbra; Cogliolo, Pietro, *Completo Trattato teorico e pratico di Diritto Penale secondo il Codice Unico del Regno d'Italia*, Milão, 1890; *Collezione del travagli sul Codice Penale pel Regno d' Italia*, v. I, Brescia, 1807; *Compilación de leyes penales de Venezuela*,

Caracas, 1990; Congreso de la Nación, *Proyecto de Código Penal, Parte General. Redactado por la Subcomisión de Reformas al Código Penal (ley 20.509 y decreto 480/73) con las observaciones formuladas con motivo de la encuesta realizada y las contestaciones de la Subcomisión*, Buenos Aires, 1975; Conrad, Robert Edgar, Tumbeiros, S. Paulo, 1985, ed. Brasiliense; Consejo de Europa, *Decriminalización. Informe del comité europeo sobre problemas de la criminalidad (1980)*, Bs. As., 1987; Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Penal. Legislación conexa*, Quito, 1999; Corrêa, Mariza, As Ilusões da Liberdade, Bragança Paulista, 1998, ed. Edusf; Correia, Eduardo, Direito Criminal, Coimbra, 1971, ed. Almedina; Corso, Guido, *Ordine pubblico*, em *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milão, 1980, p. 1078; Costa, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bolonha, 1921; Costa, Emília Viotti da, Introdução ao Estudo da Emancipação Política do Brasil, em Brasil em Perspectiva; Costa e Silva, A.J., Ligeiras observações sobre o trabalho da comissão revisora na sua primeira fase, em *Justitia*, S. Paulo, 1958, v. 20, pp. 9 ss; do mesmo, Comentários ao Código Penal, S. Paulo, 1967, ed. Contasa; do mesmo, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Rio, ed. Cia. Nacional; Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, Brasília, 1977, ed. F. Casa de Rui Barbosa; Crivellari, Giulio, *Il Codice penale per il Regno d' Italia*, Turim, 1890; Chin K., *The Criminal Code of the People's Republic of China*, Londres, 1982; Crysolito de Gusmão, Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. Jacintho; Cunha, Euclides da, Os Sertões. S. Paulo, 1973, ed. Cultrix.Dalcke, *Strafrecht und Strafverfahren, Eine Sammlung der wichtichsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen*, Berlim, 1938; Da Passano, Mario – Mantovani, Ferrando – Padovani, Tullio – Vinciguerra, Sergio, *Codice Penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Pádua, 1995; do mesmo, *Emendare o intimidare? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la Rivoluzione e l'Impero*, Turim, 2000; Delgado de Carvalho, Carlos, História Diplomática do Brasil, Brasília, 1998, ed. Sen. Federal; Del Giudice, Pasquale, *Diritto Penale germanico rispetto all'Italia*, em *Enc. Pessina*, v. I, pp. 439 ss.; Dell' Aquila, Enrico, *Il Diritto Cinese*, Pádua, 1981, ed. Cedam; Delmas-Marty, Mireille, Três Desafios para um Direito Mundial, trad. F. Hassan Choukr, Rio, 2002, ed. L.Juris; Dentice, Luigi, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie compilato dall' Avvocato Luigi Dentice, Parte Seconda, Leggi Penali*, Nápoles, 1849; de Sanctis, Sergio, *Profili della Legislazione penale della Repubblica Popolare Cinese*, Siracusa, ISISC, 1983; De Tomaso, Antonio, *Código Penal Argentino sancionado el 30. de Setiembre de 1921*, Buenos Aires, 1921; *Diario de las Sesiones de Corte, Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la Comisión Especial nombrada al efecto*, 1821, p. 1155, apêndice ao n° 54; *Diario de Sesiones de Cortes, Legislatura de 1821*, Madri, *Imprenta de J. A. García*; *Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados de 1885 y 1886 y de la Cámara de Senadores*, 1886; Dines, Alberto, Vínculos do Fogo, S. Paulo,

1992, ed. Cia. das Letras; Diniz, Eli, O Estado Novo: Estrutura de Poder e Relações de Classes, em Fausto, Boris (org.) História Geral da Civilização Brasileira - O Brasil Republicano, S. Paulo, 1981, ed. Difel, t. III; Do Nascimento Silva, Josino, *Código Criminal do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863; Donnedieu de Vabres, H., *La crise moderne du Droit Pénal. La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, 1938; Dotti, René Ariel, Casos Criminais Célebres, S. Paulo, 1999, ed. RT; do mesmo, Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, S. Paulo, 1998, ed. RT; do mesmo, Reforma Penal Brasileira, Rio, 1988, ed. Forense; Dreifuss, René Armand, 1964 - A Conquista do Estado, trad. A.B Oliveira Farias *et alli*, Petrópolis, 1988, ed. Vozes; Du Boys, Albert, *Histoire du Droit Criminel de la France*, Paris, 1874; do mesmo, *Histoire du Droit Criminel des Peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqua l'etablissement du Christianisme*, Paris, 1845; também, *Histoire du Droit Criminel des peuples modernes consideré dans ses rapports avec les progrés de la civilization depuis la chute de l'Empire Romain jusqu'au XIXe. Siècle*, t. II (Paris, 1858), t. III (Paris, 1860); Dumont, Et., *Traités de Législation Civile et Pénale - ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham*, Paris, 1830 (3ª ed.), ed. Rey e Gravier; Durá, Francisco, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Bs. As., 1911; Eckhardt, Karl August - Hübner, Alfred, *Deutschenspiegel mit ausburger Sachsenspiegel und ausgewählten Artikeln der oberdeutschen Sachsenspiegelübersetzung*, Hannover, 1930; *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), 1962*, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/650; Escarra, Jean, *Le Droit Chinois, Conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignament*, Pequim, 1936; Esc. Salamanca, *Carta Magna de los Indios*, Madri, 1988, ed. CSIC; Evans, Rod L.-Berent, Irwin M., *Drug Legalization, For and Against*, La Salle, Ill., 1993; Fajardo, Elias, A Violência no Campo, Petrópolis, 1988, ed. Vozes; Faoro, Raymundo, Os Donos do Poder, P. Alegre, 1979, ed. Globo; Faria, José Eduardo (org.) Direito e Globalização Econômica, S. Paulo, 1996, ed. Malheiros; Fausto, Boris, A Revolução de 1930, S. Paulo, 1997, ed. Cia das Letras; Fernández Carrasquilla, Juan, *Principios y normas rectoras del derecho penal (Introducción a la teoría del delito en el estado social y democrático de derecho)*, Bogotá, 1999; Ferrajoli, Luigi, *Emergenza penale e crisis della giuridizione*, em DDDP, ano II, nº 2, 1984; Ferreira da Silva, Lina G., Heréticos e Impuros, Rio, 1995, col. Biblioteca Carioca; Ferreira, Jorge, Trabalhadores do Brasil, Rio, 1997, ed. FGV; Ferreira Tinoco, Antônio Luiz, Código Criminal do Império do Brazil Annotado, Rio, 1886, ed. Imp. Industrial; Ferri, Enrico, *Proyecto preliminar de Código Penal para ltalia*, traducción y estudio por Cristino Jiménez Escribano, epílogo de Quintiliano Saldaña, Madri, 1925; Ferrini, Contardo, *Diritto Penale Romano, Teorie generali*, Milão, 1899; do mesmo, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, em *Enciclopedia

Pessina*, I, Milão, 1905, pp. 3 ss.; Feuerbach, J. P. A. von, *Tratado de derecho penal comñun vigente en Alemania*, trad. Zaffaroni, E. R.-Hagemeier, Irma, Bs. As., 1989, ed. Hammurabi; Figueiredo, Ariosvaldo, O Negro e a Violência do Branco, Rio, 1977, ed. J. Álvaro; Figueiredo Dias, Jorge, *Código penal e outra legislação penal*, Lisboa, 1996; do mesmo, A Relação do Estado do Brasil e o Direito Português, *in* Forum Int. de Dir. Pen. Comp., Salvador, 1989, ed. TJBA, pp. 27 ss; Filgueiras Junior, A., Código do Processo do Império do Brasil, Rio, 1874, ed. Laemmert; Filgueiras Junior, A., Código Criminal do Império do Brazil annotado com os actos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, Rio, 1876; Fiori, José Luís, Os Moedeiros Falsos, Petrópolis, 1998, ed. Vozes; Florentino, Manolo Garcia, Em Costas Negras, Rio, 1995, ed. Arq. Nac; Fontana, Riccardo, O Brasil de Américo Vespúcio, trad. E.A. Cunha e J.P. Mendes, Brasília, 1994, ed. UnB; Foregger, Egmont - Serini, Eugen, *Strafgesetzbuch*, Viena, 1990; Forrester, Viviane, O Horror Econômico, trad. A. Lorencini, S. Paulo, 1997, ed. UNESP; Foucault, Michel, *Surveiller et punir*, Paris, 1975; do mesmo, Em Defesa da Sociedade, trad. M.E.Galvão, S. Paulo, 2000, ed. M. Fontes; Fragoso, Heleno, Lei de Segurança Nacional, P. Alegre, 1980, ed. Fabris; Fragoso, João Luís, O império escravista e a república dos plantadores, em Linhares, Maria Yedda (org.) História Geral, cit.; Frei Betto, Batismo de Sangue, Rio, 1983, ed. Civ. Bras.; Freire Costa, Jurandir, História da Psiquiatria no Brasil, Rio, ed. Xenon; Freire Gomes, Plínio, Um Hereje vai ao Paraíso, S. Paulo, 1997, ed. Cia. das Letras; Freyre, Gilberto, O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX, S. Paulo, 1979, ed. Nacional; Fruhxald, W.T., *Manuale del Codice Penale Austriaco sui crimimni, sui delitti e sulle contravvenzioni e sul Regolamento di Stampa 27 Maggio 1852, tradotta e corredata de annotazione ed appendice da Camillo Dott. Bertolini*, Veneza, 1855; Furtado, Celso, O Capitalismo Global, S. Paulo, 1998, ed. Paz e Terra; do mesmo, Formação Econômica do Brasil, Rio, 1964, ed. F. de Cultura; do mesmo, O Longo Amanhecer, Rio, 1999, ed. Paz e Terra; *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Havana, 30.dez.1987; Garcez Marins, Paulo César, Habitação e Vizinhança, em Novais, Fernando A. (org.) História da Vida Privada no Brasil, S. Paulo, 1998, ed. Cia das Letras, v. 3; Garcia (h), Juan Agustín, *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas*, Buenos Aires, 1907; Garcia Basalo, Juan Carlos, *Estado penal y penitenciario del país durante la presidencia de Avellaneda*, em *Rev. del Círculo del Personal Sup. Del SPF*, I, 1978; García Belsunce, César, *Buenos Aires 1800-1830. Salud y delito*, Bs. As., 1977; García Mendez, Emilio, *Autoritarismo y control social. Argentina, Uruguay, Chile*, Bs. As., 1987; García, Miguel Angel, *Diccionario Histórico-Enciclopédico de la República de El Salvador*, tomo XII, San Salvador, 1950; Garland, David, *The Culture of Control*, 2001, ed. Un.Oxford; Garofalo, Luigi, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e

repubblicana, Pádua, 1992; Gatti, Tancredi, *L'elemento subbietivo del reato nella più antica legge criminale conosciuta*, em RICsPs, La Plata, 1930, pp. 260 ss.; Gauer, Ruth M.C., A Construção do Estado-Nação no Brasil, Curitiba, 2001, ed. Juruá; Geib, Karl Gustav, *Geschichte des römischen Kriminalprozesses bis zum Tode Justinianus*, Leipzig, 1842; Geertz, Clifford, O Saber Local, trad. V.M. Joscelyne, Petrópolis, 2000, ed. Vozes; Giordani, Mário Curtis, Direito Penal Romano, Rio, 1997, ed. L. Juris; Goldstein, Mateo, *Derecho hebreo a través de la Biblia y del Talmud*, Bs. As., 1947; Gómez de la Serna, Pedro, *Introducción histórica*, em *Los Códigos Españoles*, Madri, 1848, II, p. XXXV; Gomez, Thomas, *Droit de Conquête et Droits des Indiens*, Paris, 1996, ed. A Colin; Gonsalves de Mello Neto, J.A., Tempo dos Flamengos – Influência da Ocupação Holandesa na Vida e na Cultura do Norte do Brasil, Rio, 1947, ed. J. Olympio; González, Diego-Claros, A.- Muratgia, C., *Informe de la Comisión Especial*, Buenos Aires, 1912; González, Teodosio, *Derecho penal tratado bajo el doble aspecto ciantífico y legislativo*, Assunção, 1929 (3 vols.); Gorender, Jacob, Combate nas Trevas, S. Paulo, 1987, ed. Ática; Goulart, José Alípio, Da Palmatória ao Patíbulo, Rio, 1971, ed. Conquista; Graça Salgado, Fiscais e Meirinhos, Rio, 1985, ed. N. Fronteira; Graden, Dale T., Uma lei... até de segurança pública, em Rev. Estudos Afro-asiáticos, Rio, 1996, n° 30, pp. 113 ss; Grisolía, Francisco, Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, *Parte General*, Tomo I, *Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices*, Santiago de Chile, 1974; t. II, v. I, *Actas, idem*, 1973; Guimarães, Cesar, Vargas e Kubitschek: a longa distância entre a Petrobrás e Brasília, em Rezende de Carvalho, M. Alice (org.) República no Catete, Rio, 2001, ed. Museu da República; Guimarães, Renato, Travessia, Rio, 1999, ed. Revan; Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del derecho penal*, Madri, 1866; Gutiérrez, Josef Marcos, *Práctica Criminal de España*, Madri, 1806; Guzmán Dalbora, José Luis, *El nuevo código penal del Paraguay (1997)*, em RDPC, Bs. As., 1999, pp. 621 ss.; Halperin Donghi, Tulio, *Historia contemporánea de América latina*, Madri, 1998; Hattenhauer, H., *Allgemeiner Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Frankfurt a. M., 1970; Haus, J.J., *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, Paris, 1874; Hayek, Friedrich August von, O Caminho da Servidão, trad. A.M. Capovilla *et alli*, Rio, 1990, ed. Inst. Liberal; Hellfeld, Arthur, *Elementa Juris Germanico-Carolini*, Jena, 1767; Hendler, Edmundo S., *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Quito, 1995; Herculano, Alexandre, História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal, 3 vols.; Herrera, Julio, *Anarquismo y defensa social*, Bs. As., 1917; do mesmo, *La Reforma Penal*, Buenos Aires, 1911; Herzog, Felix, *Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 42 ss.; Hespanha, Antonio Manuel, *Da 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no antigo regime*, Lisboa, 1986; do mesmo, A Punição e a Graça, *in* Mattoso, José (org.) História de Portugal, 1993, ed. Estampa, v. IV, pp. 239 ss; Hinojosa, Eduardo, *El elemento Germanico en el Derecho Español*, Madri, 1915, ed. C. Est. Hist.; Holloway, Thomas H., Polícia no Rio de Janeiro, trad. F.C. Azevedo, Rio, 1997, ed. F. Getúlio Vargas; Holtzendorff, Franz von, *Einleitung in das Strafrecht*, em *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlim, 1871, pp. 21 ss.; Horkheimer, Max – Adorno, Theodor W., *Dialéctica del iluminismo*, Bs. As., 1969; Huggins, Martha K., Polícia e Política, trad. L. L. Oliveira, S. Paulo, 1998, ed. Cortez; Hulsman, Lodewijk, Het Rasphuis: A prisão do pau-brasil, *in* Continente Multicultural, pp. 34 ss; Hulsman, Louk e Celis, J.B., Penas Perdidas, trad. M.L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam; do mesmo, *Pensar en Clave Abolicionista*, trad. A. Vallespir, B. Aires, 1997, ed. Vallespir; Hungria, Nélson, Novas Questões Jurídico-penais, Rio, 1945, ed. Nac. Dir.; do mesmo, (colab. Lyra, Roberto) Compêndio de Direito Penal, P.E., Rio, 1936, ed, Jacyntho; do mesmo, Costa e Silva penalista, em Novas Questões, cit., pp. 299 ss; do mesmo, A autoria intelectual do Código penal de 1940, em Comentários, cit., v. I; também, Dos Crimes contra a Economia Popular, Rio, 1939, ed. Jacintho; Ianni, Octavio, Teorias da Globalização, Rio, 1995, ed. Civ. Bras.; do mesmo, O Colapso do Populismo no Brasil, Rio, 1971, ed. Civ. Bras.; Inácio, Inês C. e Luca, Tânia R., Documentos do Brasil Colonial, S. Paulo, 1993, ed. Ática; Insel Editor, *Sachsenspiegel* (reprodução facsimilar do manuscrito de Heidelberg), Frankfurt, 1970; Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, México, 1979 (tomos I°., 2°. e 3°.), 1980 (tomo 4°.) e 1981 (tomo 5°); Jaffe, Hosea, *Africa. Movimenti e lotte di liberazione*, Milão, 1978; Jescheck, H.H., *Reforma del derecho penal en Alemania*, trad. C. Finzi, Bs. As., 1976; Jiménez de Asúa, Luis – Carsi Zacarés, Francisco, *Códigos Penales Iberoamericanos según los textos oficiales*, Caracas, 1946; Kalifa, Dominique, *Naissance de la police privée*, 2000, ed. Plon; Jupiracy Affonso Rego Rossato, Sob os olhos da lei: o escravo urbano na legislação municipal da cidade do Rio de Janeiro, diss. mestrado UFF, Niterói, 2002, *mimeo*; Kamen, Henry, *La inquisición española*, México, 1990; Kantorowicz, Ernst H., Os Dois Corpos do Rei, trad. C.K. Moreira, S. Paulo, 1998, ed. Cia. das Letras; Kemper, J. M., *Crimineele Wetboek voor het Koningrijk Holland, met eene Inleiding en Aanmerkingen*, Amsterdam, 1809; Kern, Arno Alvarez, Missões – Uma Utopia Política, P. Alegre, 1982, ed. Mercado Aberto; Khoury, Yara Aun, As Greves de 1917 em São Paulo, 1981, ed. Cortez; Koerner, Andrei, Habeas Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil, S. Paulo, 1999, ed. IBCCrim; Kohler, Josef – Scheel, Willy, *Die bambergische Helsgerichtsordnung*, 1902 (reprod. Aalen, 1968); Kohler, Josef, *Das chinesische Strafrecht*, Würzburg, 1886; do mesmo, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, Halle, 1902 (reprod. Aalen, 1968); também, *El derecho penal de los aztecas*, trad. Carlos Rovalo y Fernández, em *Criminalia*, 1937, pp. 396 ss.; Koschorrek, Walter, *Die Heildelberger Bilderhandschrift des*

Sachsenspiegels, Kommentar, Frankfurt, 1970; Koval, Boris, História do Proletariado Brasileiro, S. Paulo, 1982, ed. Alfa-Omega; Krylenko, *La politique des sovietz en matiére criminelle*, Paris, 1943; do mesmo, *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht*, Viena, 1927; Kwiantkowski, Ernst v., *Die "Constitutio Criminalis Theresiana"*, Innsbruck, 1903; Kushnir, Beatriz, Baile de Máscaras, Rio, 1996, ed. Imago; Laclau, Ernesto, Política e Ideologia na Terra Marxista, Rio, 1979, ed. Paz e Terra; Lahmeyer Lobo, Eulália Maria (org.), Rio de Janeiro Operário, Rio, 1992, ed. Access; Lalinde Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970; Lammich, Siegfried, *Das neue russische Strafgesetzbuch von 1996*, em ZStW, 1997, pp. 417 ss.; Lanza, Vincenzo, *L'Umanesimo nel Diritto Penale*, Catania, 1929; Lara Peinado, Federico, *Código de Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y comentarios*, Madri, 1992; Lardizabal, Manuel de, *Discurso sobre la Legislación de los wisigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana*, em *Real Academia Española*, cit, pp. III a XLIV; Las Casas, Bartolomé, Brevíssima Relação da Destruição das Índias, trad. H. Barbuy, P. Alegre, 1996, ed. L&PM; Laso, Eustoquio, *Elementos del Derecho Penal de España*, Madri, 1849; Laurent, Hippolyte, *Les Chatiments Corporels*, Lyon, 1912, ed. Phily; Lauria Tucci, Rogério, Lineamentos do Processo Penal Romano, S. Paulo, 1976, ed. J. Bushatsky; Lea, Henri-Charles, *Histoire de l'Inquisition au Moyen Age*, Grenoble, 1986, ed. J. Millon, 2 vols; Leal, Aurelino, Germens do Crime, Salvador, 1896, ed. Magalhães; Legislação da Província da Bahia sobre o Negro: 1835-1888, Salvador, 1996, ed. F. Cult. Bahia; Legislação Provincial do Rio de Janeiro, de 1835 a 1850, Niterói, 1850, ed. Tip. Fluminense de Lopes; Le Goff, Jacques, *La baja edad media*, Madri, 1978; Leis Extravagantes Collegidas e Relatadas pelo Licenciado Duarte Nunes do Liam, per Mandado do muito Alto & muito Poderoso Rei Dom Sebastiam, nosso Senhor, Lisboa, 1569, ed. A. Gonçalves; Lemgruber, Julita – Musumeci, Bárbara – Ramos, Silvia, Por que é tão difícil implementar uma política de segurança? Rio, 2002, IBASE; Lenharo, Alcir, Sacralização da Política, Campinas, 1986, ed. Unicamp-Papirus; Lesbaupin, Ivo (org.) O Desmonte da Nação, Petrópolis, 2000, ed. Vozes; Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Bs. As., 1978; Levene(h), Ricardo – Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los Códigos Penales Latinoamericanos*, Buenos Aires, 1978; Levene, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Bs. As., 1945; Lewin, Boleslao, *La inquisición en hispanoamérica. Judios, protestantes y patriotas*, Bs. As., 1967; *Ley designando los crímenes cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Nacionales y estableciendo su penalidad*, em *Colección de leyes y decretos sobre Justicia Nacional, Publicación Oficial*, Buenos Aires, 1863; Lima Barreto, Prosa Seleta, Rio, 2001, ed. N. Aguilar; Liszt, Franz von, *La Legislación penal comparada publicada por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho Penal con el concurso de eminentes penalistas*, trad. de Adolfo Posada, Madri-Berlim, 1896; Livingston, Eduard, *Exposé d'un systéme de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique, precedée d'une préface por M. Charles Lucas et d'une notice historique para M. Mignet*, Paris, 1872 (dois volumes); do mesmo, *Rapport sur le projet d'un Code Pénal, fait a l'Assamblée Générale de l'État de la Louisiane*, Paris, 1825; também, *Código Penal de Livingston con el discurso que precedió a la obra sobre los principios de su sistema, traducido del inglés por José Barrundia, impreso por orden del Gobierno Sup. del Estado*, Guatemala, Imprenta de la Unión, 1831; Lombroso Cesare, *Les Palimpsestes des Prisons*, Paris, 1894, ed. G. Masson; Lopes Ferreira, Manoel, Pratica Criminal, Porto, 1767, ed. A.A.R. Guimarães; López, Daniel, em *Introducción* a Macaulay, *Reforma Parlamentaria*, Bs. As., 1945; López, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono, nuevamente glosadas, por el Licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de Su Magestad, con su Repertorio muy copioso, asi del Testo como de la Glosa, en Salamanca, en casa de Andrea de Portonarijs, Impressor de su Catholica Magestad*, 1565, *con privilegio Imperial*, Setena Partida; López-Amo Marín, Angel, *El derecho penal español de la baja Edad Media*, Madri, 1956; Lopo Alegria, Assim foi Roberto Lyra, Rio, 1984, ed. L.Juris; Lucas, Charles, *Rapport verbal sur la récidive et le projet de rélégation des récidivistes par S. M. Desportes (Séance du samedi 3 mars 1883), Institut de France*, Paris, 1883; Lustosa, Isabel, Insultos Impressos, S. Paulo, 2000, ed. Cia. das Letras; Lyra, Roberto, Crimes contra a Economia Popular, Rio, 1940, ed. Jacinto; Maasburg, Friedrich von, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*, Viena, 1880; Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal en México*, México, 1931; Macedo Soares, Oscar, Código Penal Militar, Rio, 1902, ed. Garnier; Machado Alcântara, Projeto do Código Criminal Brasileiro, S. Paulo, 1938, ed. RT.; Machado Alvim, Rui Carlos, Uma Pequena História das Medidas de Segurança, S. Paulo, 1997, ed. IBCCrim; Machado Neto, Zahidé, Direito Penal e Estrutura Social, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva; Machado, Roberto *et alii*, Danação da Norma, Rio, 1978, ed. Graal; Maggie, Yvonne, Medo do Feitiço: Relações entre Magia e Poder no Brasil, Rio, 1992, ed. Arq. Nac.; Malamud Goti, Jaime E., *Poder desarticulante y los discursos de emergencia: El caso de la guerra contra las drogas*, em *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., 1998, pp. 651 ss.; Malinowski, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1956; Manzini, Vincenzo, *Il diritto penale nella più antica legge conosciuta*, em *Rivista Penale*, t. 57, pp. 677 ss.; Marchi, Carlos, Fera de Macabu, Rio, 1998; Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España, colección completa de todos los códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*, Madri, 1885; Marx, Karl, O Capital, trad. R. Sant'Anna, Rio, 1980, ed. Civ. Bras., livro 1°;

Mattos Monteiro, Hamilton de, Da Independência à Vitória da Ordem, em Maria Yedda Linhares (org.) História Geral do Brasil, cit.; Mattos, Virgílio, Trem de Doido, B. Horizonte, 1999, ed. Uma; Max Justo Guedes, As Bandeiras Ignoram o Tratado de Tordesilhas e Ampliam o Espaço Geográfico Brasileiro, em Nação e Defesa, 70, pp. 3 ss; Medeiros de Menezes, Lená, Os Indesejáveis, Rio, 1996, ed. UERJ; Medeiros Prade, Péricles Luiz, *Novo Código Penal*, São Paulo, 1973; Medina y Ormaechea, Antonio A. de, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1899; Meira, Sílvio A. B., A Lei das XII Tábuas, Rio, 1961, ed. Forense; Mello, Alex Fiúza de, Marx e a Globalização, S. Paulo, 1999, ed. Boitempo; Mello e Souza, Laura, O Diabo e a Terra de Santa Cruz, S. Paulo, 1986, ed. Cia. das Letras; Mello Freire, P.J. de, Ensaio do Código Criminal a que Mandou Proceder a Rainha Fidelíssima D. Maria I, Lisboa, 1823, ed. M. Setáro; Melossi, D. e Pavarini, M., *Cárcel y Fábrica – los Orígenes del Sistema Penitenciario*, trad. X. Massimo, México, 1980, ed. Sig. XXI; Mendes de Almeida, Cândido, Codigo Philipino, Rio, 1870, ed. Tip. Inst. Philomathico; do mesmo, Auxiliar Jurídico, Rio, 1869, ed. Tip. Inst. Philomathico; Mendes de Almeida, J. Canuto, Princípios Fundamentais de Processo Penal, S. Paulo, 1973, ed. RT; Mendonça, Sônia Regina de, As bases do desenvolvimento capitalista dependente, em Linhares, M. Yedda (org.) História Geral do Brasil, cit., pp. 243 ss; Menendes Motta, Márcia Maria, Nas Fronteiras do Poder, Rio, 1998, ed. V. Leitura; Menéndez, Isidro, *Discurso académico leído por el Doctor René Padilla y Velasco, en el Centenario del Código de Procedimientos Judiciales*, San Salvador, 1958; Menéndez, Isidro, *Recopilación de las leyes del Salvador en Centro-América: formada por el Sr. Presbítero Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez, a virtud de Comisión del señor Presidente Don José María San Martín, refrendada por el Sr. Ministro del Interior, Lic. D. Ignacio Gómez*, Guatemala, Imprenta de L. Luna, Plazuela del Sagrario, 1855; Menezes, Raimundo de, O enforcamento de Motta Coqueiro, em Investigações, S. Paulo, 1952; Mereu, Italo, *Storia dell'intolleranza in Europa, Sospettare e punire*, Milão, 1979; Miguel Harb, Benjamín, *Código Penal Boliviano*, La Paz, 1987; Milton, Aristides A., O art. 10, § 4° do código criminal e o art. 19 da lei n° 2.033, de 20.set.71, em O Direito, v. 13, pp. 472 ss; Ministerio de Justicia, *Código Penal, Edición Oficial*, Bogotá, 1980; Ministerio de Justicia, *Ley n° 62/87 Código Penal (Actualizado)*, Havana, 1997; Miyazawa, Koichi, *Über einigeVorschriften allgemeinen Charakters des "Kai-Yüan-lü" (Chinesisches Tang-StGB des Jahres 737 c.Chr.)*, em ZStW, 1965, pp. 359 ss.; Moccia, Sergio, *Política Criminale e riforma del sistema penale*, Nápoles, 1984; Mommsen, R., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (há trad. francesa de Duquesne, Paris, 1906-1907, y castelhana de Dorado Montero, Madri, s.d.); Moos, Reinhard, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. Und 19. Jahrhundert, Sinn- und Strukturwandel*, Bonn, 1968; Moraes, Evaristo de, Ensaios de Pathologia Social, Rio, 1924, ed. F. Bastos; do mesmo, Reminiscências de um Rábula Criminalista, Rio, 1922, ed. L. Ribeiro; também, *Problemas de direito penal e de psychologia criminal*, Rio de Janeiro, 1920; também, Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil, Rio, 1923, ed. Cons. Candido de Oliveira; Moraes Filho, A. Evaristo de, Lei de Segurança Nacional – um atentado à liberdade, Rio, 1982, ed. Zahar; Morais Ribeiro, Bruno de, Medidas de Segurança, P. Alegre, 1998, ed. Fabris; Morales, Ernesto, en Quiroga, Adán, *La cruz en América*, Bs. As., 1942; Moreno (h), Rodolfo, *La Ley Penal Argentina, Estudio crítico*, Buenos Aires, 1908; do mesmo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1922 (tomos I e II), 1923 (tomos III a VII); Moreno Hernández, Moisés, *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Bonn, 1977; Mostafa, Mahmoud M., *Principes de Droit Pénal des Pays Arabes*, Paris, 1973, ed. Lib. Gen. Droit; MST, Assassinatos no Campo, S. Paulo, 1987, ed. Global; Muhana, Adma (org.), Os Autos do Processo de Vieira na Inquisição, S. Paulo, 1995, ed. Unesp; Munhoz Netto, Alcides, A Ignorância da Antijuricidade em Matéria Penal, Rio, 1978, ed. Forense; Münzel, Frank, *Strafrecht in alten China nach den Strafrechtskapiteln in den Mig-Analen*, Wiesbaden, 1968; Muratgia, C. *Antecedentes. Presidio y cárcel de reincidentes de Tierra del Fuego*, Buenos Aires, s. d.; Murillo, Susana, *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Buenos Aires, 1996; Nabuco, Joaquim, O Abolicionismo, Rio, 1999, ed. N. Fronteira; Napolitano, *Evoluzione del diritto penale sovietico dal 1919 ai giorni nostri*, em *GP*, 1932, 1095 ss.; Perris, *Le nuove teorie penali della Rusia Sovietica*, em *SP*, 1931; Nascimento, Abdias do, O Genocídio do Negro Brasileiro, Rio, 1978, ed. Paz e Terra; Neder, Gizlene, Cidade, identidade e exclusão social, em Tempo, Rio, 1997, ed. R. Dumará, v. 2, n° 3, pp. 106 ss; da mesma, Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro, Rio, 2001, ed. F. Bastos; Nequete, Lenine, O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, P. Alegre, 1972, ed. Sulina; Nieto Soria, José Manuel, *Ceremonias de la Realeza – Propaganda y legitimación en la Castilla Trastámara*, Madri, 1993, ed. Nerea; do mesmo, *Fundamentos Ideológicos del Poder Real en Castilla (siglos XIII – XVI)*, Madri, 1988, ed. Eudema; Nilve, Moisés, *La vigencia del proyecto Tejedor como código penal de las provincias argentinas*, em *Rev. Penal y Penit.*, 1945, pp. 35 ss.; do mesmo, *El Proyecto Tejedor en la historia del derecho patrio*, em *Rev. del Inst. de Hist. del Derecho*, Bs. As., 1955-1956; Noronha, E. Magalhães, Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva; *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Criminelle du mois d'Août 1670*, Paris, 1769; Novinsky, Anita, A Inquisição, S. Paulo, 1986, ed. Brasiliense; da mesma, Cristãos Novos na Bahia, S. Paulo, 1972, ed. Perspectiva; Noyon, T. J., *Het Wetboek van Strafrecht*, 1ª ed. 1896-1899, continuada por G. E. Lengemeijer (Arnhem, 1954); *Nuevo Código Penal*, Lima, 1991; Nunes Ferreira, Gabriela, Centralização e

Descentralização no Império, S. Paulo, 1999, ed. 34; Nunes Leal, Victor, Coronelismo, Enxada e Voto, S. Paulo, 1975, ed. Alfa-Omega; Nunes Mendonça, Joseli M., Entre a Mão e os Anéis, Campinas, 1999, ed. Unicamp; Nuñez, Ricardo C., *El origen bastardo de una reforma*, em *RDPC*, Bs. As. 1968, I, pp. 29 ss.; do mesmo, *Reforma del Código Penal (Inadmisibilidad de reformas a ocultas)*, em LL, 110-1038; Nypels, J. S. G., *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruxelas, 1872; Olmo, Rosa del, A Face Oculta da Droga, Rio, 1990, ed. Revan; da mesma *Prohibir o domesticar?*, Caracas, 1992, ed. N. Sociedad; da mesma (org) *Drogas – El conflicto de fin de siglo*, Caracas, 1997, *Cuadernos Nueva Sociedad*, nº 1; *Ordenações de Dom Duarte*, Lisboa, 1988, ed. F. C. Gulbenkian; *Ordenacöes do Senhor Rey D. Alfonso V*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1792 (reprod. facsimilar Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984); *Ordenacöes do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797 (reprod. facsimilar da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984); *Ordenacöes e Leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado do Rei D. Felippe o Primeiro, Nona edicäo, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada y expurgada pela original de 1603*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1824 (reprod. facsimilar da Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984); Orlandis, José, *Las consecuencias del delito en el derecho de la alta Edad Media*, Madri, 1947; Osenbrüggen, Eduard, *Studien zur deutschen schweizerischen Rechtsgeschichte*, Basileia, 1881; do mesmo, *Das Strafrecht des Longobarden*, Schaffhausen, 1863; Osório Silva, Lígia, Terras Devolutas e Latifúndio, Campinas, 1996, ed. Unicamp; Oved, Iaacov, *El anarquismo y el movimiento obrero en la Argentina*, México, 1978; Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madri, 2000, ed. Edisofer; do mesmo, *De la monarquía wisigoda y de su código*, em *Los códigos españoles concordados y anotados*, Madri, 1847, I, pp. V a LXXV; Paciello, Oscar, *Código Penal Paraguayo*, Assunção, 1975; Padovani, Tulio, *La Tradizione Penalistica Toscana nel Codice Zanardelli*, em Vinciguerra, Sergio, *I Codici Preunitari*, cit., pp. 397 ss; Pagano, Francesco Mario, *Principj del Codice Penale, Opera postuma*, Milão, 1803; Paim, Antônio, O Apostolado Positivista e a República, Brasília, 1981, ed. UnB; Pandolfi, Dulce (org.) Repensando o Estado Novo, Rio, 1999, ed. FGV; Passeti, Edson e Dias da Silva, R.B., Conversações Abolicionistas, S. Paulo, 1997, ed. IBCCrim; Passos Guimarães, Alberto, As Classes Perigosas, Rio, 1981, ed. Graal; Pastoret, Marqués de, *Moisés como legislador y moralista*, Bs. As., 1946; Paterniti, Carlo, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Pádua, 1985; Patrocínio, José do, Motta Coqueiro e a Pena de Morte, Rio, 1887; Paula Pessoa, V. A. de, Código do Processo Criminal de Primeira Instância, Rio, 1899, ed. Jacintho; Pavón, Cirilo, *La defensa social. Medios preventivos y represivos, con una carta prólogo del Dr. Osvaldo Magnasco*, Buenos Aires, 1913; Peco, José, *La reforma argentina de 1917-1920*, Buenos Aires, 1921; *La legislación penal visigótica*, Bs. As., s.d.; do mesmo, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936; também, *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de setiembre de 1941*, La Plata, 1942; Perdigão Malheiro, A Escravidão no Brasil, Petrópolis, 1976, ed. Vozes, 2 vols; Pereira de Vasconcelos, Bernardo, *Projecto do Código Criminal apresentado em sessão de 4.mai.1827 pelo Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos*; Pereira dos Santos, Gérson, *Do passado ao futuro em direito penal*, Porto Alegre 1991; Pereira e Souza, Joaquim José Caetano, Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, Lisboa, 1806, ed. Lacerdina; Pereira Pinto, A. (org.) Annaes do Parlamento Brazileiro, Câmara dos Srs. Deputados, Rio, 1879, ed. H. J. Pinto; Pérez Pinzón, A. O. *La Perspectiva Abolicionista*, Bogotá, 1989, ed. Têmis; Perrone-Moisés, Beatriz, em Carneiro da Cunha, Manuela (orgs.), História dos Indios no Brasil, S. Paulo, 1992, ed. Cia. das Letras, pp. 529 ss; Perry, Anderson, As Origens da Pos-modernidade, trad. M. Penchel, Rio, 1999, ed. Zahar; Pertile, Antonio, *Storia del Diritto Penale* (v. IV da *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione)*, Bolonha, 1966, p. 262; Pessina, *Il Diritto Penale in Italia*, em *Enciclopedia*, cit., v II; Petti, Raffaele, *I delitti e le pene nelle Costituzioni di Federico II*, em *Scritti in Onore di Enrico Ferri*, Turim, 1929, pp. 359 ss.; Piccirilli, Ricardo, *Guret Bellemare, Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1942; Pierangeli, José Henrique, Códigos Penais do Brasil, S. Paulo, 2001, ed. RT; do mesmo, Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas, Bauru, 1983, ed. Jalovi; Pieroni, Geraldo, Os Excluídos do Reino, Brasília, 2000, ed. UnB; Pimenta Bueno, J.A., Apontamentos sobre o Processo Criminal Brazileiro, Rio, 1857, ed. Garnier; Pimentel, Manoel Pedro, Breves notas para a história da criminologia no Brasil, em Ciência Penal, Rio, 1979, ed. Forense, ano V, nº 2; Pinaud, João Luiz *et alii*, Insurreição Negra e Justiça, Rio, 1987, ed. Exp. e Cultura; Piñero – Rivarola – Matienzo, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 7 de junio de 1890 y precedido por una exposición de motivos*, Buenos Aires, 1891; Piragibe, Vicente, Consolidação das Leis Penais, Rio, 1933, ed. J. do Commercio; Piza Duarte, Evandro Charles, Criminologia e Racismo – Introdução ao Processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil, mimeo, UFSC, dissertação de mestrado; Plöchl, Willibald M., *Storia del Diritto Canonico*, Milão, 1963, ed. Massimo, 2 vols.; Pochmann, Márcio, O Emprego na Globalização, S. Paulo, 2001, ed. Boitempo; Pompe, W.P.J., *Handboek van het Nederlansche Strafrecht*, Zwolle, 1959; Pontes de Miranda, História e Prática do Habeas Corpus, Rio, 1972, ed. Borsói; Prado Júnior, Caio, História Econômica do Brasil, S. Paulo, 1973, ed. Brasiliense; Prins, Adolfo, em *La*

Legislación Penal Comparada, Madri-Berlim, 1896, I, p. 391; Progetto di un nuevo Codice Penale, Ottobre, 1927, Roma, 1928; *Proyecto de Código penal de 1973*, em *Cuadernos de los Institutos*, 129, Córdoba, 1976, pp. 133 ss.; *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto del 19 de setiembre de 1936 y precedido de una Exposición de Motivos por los Dres. Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez*, Buenos Aires, 1937; *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituída por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de Diciembre de 1904*, Buenos Aires, 1906; *Proyecto de la Parte General del Código Penal. Redactado por la Comisión de Reformas al Código Penal creada por el Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, 1974; Quiroga, Adán, *Derecho Penal Argentino. Delito y pena. Estudio de la parte general del proyecto de código penal de los Dres. Villegas, Ugarriza y Garcia*, Córdoba, 1886; Radbruch, *Gustav Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Göttingen, 1956; Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, Bs. As., 1980; Raggi y Ageo, Armando, *Derecho Penal Cubano. El Código de Defensa Social*, Havana, 1938; Ramalho, J.I., Elementos do Processo Criminal, S. Paulo, 1856, ed. 2 de Dezembro; Ramos, Arthur, Castigos de Escravos, *in* Rev. Arq. Mun. S. Paulo, v. 47, pp. 79 ss.; Ramos, Graciliano, Memórias do Cárcere, S. Paulo, 1972, ed. Martins; Ramos, Juan P., *Conferencias sobre el derecho penal argentino pronunciadas en la Universidad de Roma entre el 10 y el 23 de enero de 1929*, Bs. As., 1929; Real Academia Española, *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madri, 1815; Reale Ferrari, Eduardo, Medidas de Segurança e Direito Penal, S. Paulo, 2001, ed. RT; Rebello Pinho, Ruy, História do Direito Penal Brasileiro – Período Colonial, S. Paulo, 1973, ed. J. Bushatsky; *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* (reimpressão por ed. Cult. Hisp.), Madri, 1973, 4 vols.; Rein, Wilhelm, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844; Remy, H., *Les principes généraux du Code Pénal de 1791*, Paris, 1910; República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, *Código Penal, Proyecto del poder Ejecutivo*, Buenos Aires, 1951; República Dominicana, *Código Penal de la República Dominicana*, Santo Domingo, 1998; Reta, Adela – Grezzi, Ofelia, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1999; Ribeiro, Darcy e Moreira Neto, C.A., A Fundação do Brasil, Petrópolis, 1992, ed. Vozes; Ribeiro, Joaquim, Administração do Brasil Holandês, *in* História Administrativa do Brasil, cit., v. 3; Ribeiro, João Luiz de Araújo, A lei de 10 de junho de 1835, Rio, 2000, dissertação de mestrado; Ribeiro, José Augusto, A Era Vargas, Rio, 2001, ed. Casa Jorge; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Código Penal de la República de Chile y Actas de los Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edición crítica con motivo de su centenario*, Valparaíso, 1974; do mesmo, *Consideraciones

críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay (1995), em RDPC, Madri, 1996, pp. 1283 ss.; também Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El primer proyecto americano de Código penal*, Sgo. de Chile, 1985; do mesmo, do mesmo, e Zaffaroni, E.R., *Siglo y Medio de Codificación Penal en Iberoamérica*, Valparaiso, 1980, ed. Edeval; Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, 1890; R. Moraes, A. Bezerra da, Estudo sobre os Systemas Penitenciários, Rio, 1915, 2ª ed., ed. Jacintho; Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*, em *Gazzetta Ufficiale*, 26.out.1930; Rocco, Arturo, *El Problema y el Metodo de la Ciencia del Derecho Penal*, trad. R. N. Vallejo, Bogotá, 1978, ed. Têmis; Rodrigues, Jaime, O Infame Comércio, Campinas, 2000, ed. Unicamp; Rogge, Karl August, *Über das Gerichtswesen der Germanen. Ein germanischer Versuch*, Halle, 1820; Romano-Di Falco, E., *Gli elementi politici e sociológici del Progetto Definitivo di Codice Penale*, em *RIDP*, Pádua, 1930, v. II., parte II, p. 438; Romeiro, Jorge Alberto, Da Ação Penal, Rio, 1949, ed. Forense; Romero Magalhães, Joaquim, *in* Mattoso, José (org.) História de Portugal, Lisboa, 1993, ed. Estampa, v. 3º; Romilly, J., *La Loi dans la Pensée Grecque*, Paris, 1971, ed. B. Lettres; Rosário, José Barbosa do, Quando a Polícia Mata, Rio, 1983, ed. Achiamé; Ruíz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Havana, 1948; Rüping, Hinrich, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Munique, 1991; Rusche, G. e Kirchheimer, O., Punição e Estrutura Social, trad. G. Neder, Rio, 1999, ed. F. Bastos; Ruschel, Ruy Ruben, Sistema Jurídico dos Povos Missionários, em Wolkmer. A.C. (org.), Direito e Justiça na América Indígena, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv., pp. 183 ss Sader, Emir (org.) Pós-neoliberalismo, S. Paulo, 1995, ed. Paz e Terra; Salvador, Frei Vicente de, História do Brasil, B. Horizonte, 1982, ed. Itatiaia; Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*, Turim, 1930; Sanmartin, Joaquin, *Códigos Legales de Tradición Babilônica*, Barcelona, 1999, ed. Trotta; Santos, Milton, Por uma Outra Globalização, S. Paulo, 2000, ed. Record; Sá Pereira, Des. Virgílio de, Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio, 1928, ed. Imp. Nac.; Scartezzini, Cid Flaquer, Nelson Hungria: o homem e o jurista. S. Paulo, 1974, ed. A.P.Dir.; Scheerer, Sebastian *et alii Abolicionismo*, B. Aires, 1989, ed. Ediar; Schiappoli, Domenico, *Diritto Penale Canonico*, em *Enc. Pessina*, Milão, 1905, I, pp. 669 ss.; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strarfrechtspflege*, Göttingen, 1951; Schmidt, W., *Codex Juris Babarici Criminalis de anno MDCCLI (1751). Anmerkungen über den Codicem Juris Barbarici Criminalis (1756)*, Munique (reimp. Frankfurt a. M., 1988); Schnapper, Bernard, *Les peines arbitraires du XIIIe. au XVIIIe. siécle*, Paris, 1974, ed. R. Pichon; Schwarcz, Lilia Moritz, O Espetáculo das Raças, S. Paulo, 1993, ed. Cia das Letras; Schubert, Gernot, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre*

1824, Berlim, 1978; Schultz, Hans, em *Strafredchtsreform und Rechtsvergleichung*, Berlim, 1979, pp. 12 ss.; Scovazzi, Marco, *Scritti di Storia del Diritto Germanico*, Milão, 1975, ed. Giuffrè, 2 vols.; Segovia, Lisandro, *Proyecto de Código Penal*, em *Rev. Juridica y de Cs. Sociales*, Bs. As., 1895, pp. 65 ss.; Sempere, Juan, *Histotria del derecho español*, Madri, 1847; Sepúlveda Pertence e René Dotti em Nelson Hungria – Centenário de seu nascimento, Brasília, 1993, ed. STF; Sevcenko, Nicolau, A Revolta da Vacina, S. Paulo, 2001, ed. Scipione; Silva, Hélio, 1938 – Terrorismo em Campo Verde, Rio, 1971, ed. Civ. Bras.; do mesmo, 1964: Golpe ou Contragolpe?, Rio, 1975, ed. Civ. Bras; Silva Sánchez, Jesús-María, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Bs. As., 1998; Silveira, Alípio, Prisão-albergue, S. Paulo, 1981, ed. Brasilivros, 2 vols, que desenvolveu o Teoria e Prática da Prisão-albergue, S. Paulo, 1973, ed. EUD.; Simons, D., *Leerboek von het Nederlansche Stafrecht*, Groningen-Batavia, 1937; Sinha, Balbir Sahai, *Principles of Criminal Law*, Lucknow, 1974; Siqueira, Galdino, Projeto de Codigo Penal Brazileiro, Rio, 1913, ed. J. do Brasil; Skidmore, Thomaz, Brasil: de Getúlio a Castelo, S. Paulo, 1979, ed. Paz e Terra; Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Harlem, 1881; Soares de Souza, Os escravos e a pena de morte no império, em Rev. IHGB, Rio, v. 313, pp. 5 ss; Soares, Luiz Carlos, Rameiras, Ilhoas, Polacas..., S. Paulo, 1992, ed. Ática; Solalinde, Antonio, *Alfonso El Sabio*, Madri, 1922; Sola, Lourdes, O Golpe de 37 e o Estado Novo, em AA.VV. Brasil em Perspectiva, cit.; Solórzano Pereira, Juan de, *Política Indiana*, Madri, 1736; Souza Pinto, Bazílio Alberto, Lições de Direito Criminal, Recife, 1847, ed. S. Torres; Spiller Pena, Eduardo, Pajens da Casa Imperial, Campinas, 2001, ed. Unicamp; Spitzer, Steven – Scull, Andrew T., *Social control in historical perspective: from private to public responses to crime*, em *Corrections and punishment* (David Greenberg ed.), California, 1977, p. 265 ss.; Stauton, Geroge Thomas, *Ta-Tsing-Leu-Lée o leyes fundamentales del código penal de la China*, Madri, 1884; Stenglein, M., *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, Munique, 1858; Stephen, Sir James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, New York, 1883 (reimp. 1973); Stevenson, Oscar, Problemas das Medidas de Segurança, Rio, 1965, ed. F. Bastos; Stile, Alfonso M., *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, em Vinciguerra, Sergio, *Il Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Pádua, 1999, ed. Cedam, pp. 183 ss.; Stooss, Karl, *Die schweizerische Strafgesetzbücher*, Berna, 1890; Taillandier, M.A.H., *Rapport sur le projet d'un code pénal fait a l'assemblée générale de l'état de la Louisiane par M. Édouard Livingston*, Paris, 1825, ed. A.A. Renouard; Tapajós, Vicente da Costa Santos, A Política Administrativa de D. João III, 2° vol. da História Administrativa do Brasil, Brasília, 1983, ed. UnB; Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, 1995; do mesmo, *Storia della cultura guiridico moderna.*

Assolutismo e codificazione del diritto, Bolonha, 1976; Tarquínio de Souza, Octavio, História dos Fundadores do Império do Brasil, Rio, 1957, ed. J. Olympio, v. V; Tavares Bastos, José, O Habeas Corpus na República, Rio, 1911, ed. Garnier; Tavares, Juárez, *La creciente legislación penal y los dicursos de emergencia*, em *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., 1998, pp. 629 ss.; Tavares, Maria da Conceição, Destruição Não Criadora, Rio, 1999, ed. Record; Teisseire, Eduard, *La transportation pénale et la rélegation d'apres les Lois 30 mai 1854 et 27 mai 1885*, Paris, 1893; Tejedor, Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1860 (2ª ed. 1871); do mesmo, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor, Parte Primera*, Buenos Aires, 1866; *Théorie des Peines et des Récompenses – ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Paris, 1825 (3ª ed.), ed. Bossanges Fr.; Thomas, Yan, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Bs. As., 1999; Thonissen, J. J., *Le Droit Pénal de la République athénienne précedé d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendarie*, Bruxelas-Paris, 1875; Thonissen, J.J., *Études sur l'histoire du Droit Criminel des peuples anciens, Inde brahamanique, Egypte, judée*, Bruxelas, 1869; Thot, Ladislao, *Estudios históricos de Derecho Penal Oriental, Historia del Derecho Penal Chino*, em *RICsPs*, La Plata, 1933, pp. 120 ss.; do mesmo, *Estudo histórico, jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*, em Archivo Judiciário, Rio de Janeiro, XV, pp. 39 ss.; também, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)*, Bs. As., 1927; *Historia del Derecho Penal caldeo, asirio, babilónico, sirio y hebreo*, em *Revista de identificación y ciencias penales*, La Plata, 1935, pp. 261 ss.; *Historia del derecho penal egipcio, armenio, afgano y tibetano*, em *RICsPs*, 1932, pp. 250 ss.; *Historia del derecho penal caldeo, asirio, babilónico, sirio y hebreo*, na mesma, 1935, pp. 261 ss.; *Historia del derecho penal hindú*, em *RICsPs*, La Plata, 1937, 55 a 60; *Historia del derecho penal japonés*, em *RICsPs*, La Plata, 1932, pp. 187 ss.; *Sul diritto penale latino-americano*, em *Scritti in onore di Enrico Ferri*, Turim, 1929, pp. 487 ss.; Tiedemann, Klaus, *Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un derecho penal europeo*, em *Revista Penal*, nº 3, Barcelona, 1999, p. 76 ss.; Tissot, J., *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, Madri, 1880 (trad. J. Ortega Garcia); Tjong, Zong Uk, *Zur Geschichte der Kodifikation des Strafrechts in Ostasien*, em ZStW, 1972, pp. 1088 ss. (*Acerca de la historia de la codificación penal en el Extremo Oriente*, em *Revista de Ciencias Jurídicas*, Valparaiso, 1975, pp. 151 ss); Tocora, Fernando, *Crime organisé et lois d'exception*, em *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1999, pp. 87 ss.; do mesmo, *Política criminal en América Latina*, Bogotá, 1990; Toledo, Francisco de Assis, Culpa-

bilidade e a problemática do erro jurídico-penal, em RT 517/251 ss; *Tomo Se-
gundo de las Leyes de Recopilación que contiene los libros sexto, séptimo,
octavo y nono*, Madri, 1775; *Tomo Tercero de Autos Acordados que contiene
Nueve Libros por el Orden de la Recopilación hasta 1745*, Madri, 1785; Tönnies,
Ferdinand, *Comunidad y Sociedad*, Buenos Aires, 1947; do mesmo, *Principios
de Sociología*, México, 1942; Toron, Alberto Zacharias, *Crimes hediondos, o
mito da repressão penal*, São Paulo, 1996; Tórtima, Pedro, Polícia e Justiça de
Mãos Dadas: a Conferência Judiciária Policial de 1917, Niterói, 1988, mimeo,
dissertação de mestrado; do mesmo, Crime e Castigo para além do Equador, B.
Horizonte, 2002, ed. Inédita; Trípoli, César, História do Direito Brasileiro, S.
Paulo, 1936, ed. RT; Turberville, A. S., *A Inquisição Espanhola*, trad. C. Nas-
cimento, Lisboa, ed. Vega; Universidad de Salamanca, *Los Códigos Penales
Iberoamericanos*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994; Universidad Nacio-
nal del Litoral, *El Código Penal Tipo para Latinoamérica, Actas de la 1ª. y 2ª.
reuniones plenarias, ponencias diversas y artículos aprobados*, Rosário, Ar-
gentina, 1968; Vainfas, Ronaldo (org.), Confissões da Bahia, S. Paulo, 1997,
ed. Cia. das Letras; do mesmo, A Heresia dos Índios, S. Paulo, 1995, ed. Cia
das Letras; van Binsbergen, W. C., *Inleiding Strafrecht*, Zwolle, 1967; do mes-
mo, *Algemeen karakter van het Crimineel Wetboek voor Koningkrijk Holland*,
Utrecht, 1949; van Hamel, G. A., *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche
Strafrecht*, 4ª ed., atualizada por van Dijck, J. V., Haarlem, 1927; van
Heijnsbergen, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, Amsterdam,
1925; Vasalli, Giuliano, *La riforma del Codice Penale Italiano del 1930*, em
GP, 1972, pp. 513 ss.; Vasconcellos, Gilberto F., O Príncipe da Moeda, Rio,
1997, ed. Espaço e Tempo; Vassalli, Giuliano – Pisapia, GD – Malinverni, A.,
em *Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina*, Caracas, 1974,
pp. 153 ss.; Vatel, Ch., *Code Pénal du Royaume de Baviére*, trad. *l'allemand,
avec des explications tirées du commentaire officiel*, Paris, 1852, ed. A. Durand,
p. XXX; Vela, David, *Vida, pasión y muerte de los códigos de Livingston*, em
Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, ano I,
n°.0, jan.1991, p. 41; Venâncio Filho, Alberto, Das Arcadas ao Bacharelismo,
S. Paulo, s/d, ed. Perspectiva; Verger, Pierre, Fluxo e Refluxo, trad. T. Gadzanis,
S. Paulo, 1987, ed. Corrupio; Vidaurre, Manuel de, *Proyecto de Código Penal*,
Arequipa, 1996; Vieira, Antônio, De Profecia e Inquisição, Brasília, 1998, ed.
Senado Federal; Vieira de Araújo, João, O Projeto do Código Penal e a Facul-
dade de São Paulo, Recife, 1895, ed. Nogueira Irmãos; do mesmo, O Código
Penal Interpretado, Rio, 1901, ed. Imp. Nac.; do mesmo, Código Criminal Bra-
sileiro, Recife, 1889, ed. J.N. Souza; Villavicencio, Víctor Modesto, *El derecho
penal de los Incas*, em *Rev. de D. Penal*, Buenos Aires, 1946, I, pp. 21 ss.;
Villegas – Ugarriza –García, *Proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, 1881;
Vinciguerra, Sergio, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte Seconda,*

Leggi Penali, Pádua, 1996; do mesmo em op. cit., *Una tecnica giuridica raffinata
al servizio dell'assolutismo regio: le "Leggi Penali" delle Due Sicilie*;
Vinciguerra, Sergio, *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Pádua, 1993;
Viveiros de Castro, A Nova Escola Penal, Rio, 1894, ed. D. Magalhães;
Wacquant, Loïc, Punir os Pobres, Rio, 2001, ed. ICC – F. Bastos; do mesmo,
As Prisões da Miséria, trad. A. Telles, 2001, ed. Zahar; Wander Bastos, Auré-
lio, O Ensino Jurídico no Brasil, Rio, 1998, ed. Lumen Juris; Wang, D. T. C.,
Les sources du droit de la Republique Populaire de Chine, Genebra, 1982, ed.
Droz; Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelo-
na, 1977; Weffort, Francisco, O Populismo na Política Brasileira, Rio, 1980,
ed. Paz e Terra; Wehling, Arno, O escravo ante a lei civil e a lei penal no
Império, em Wolkmer, A.C. (org.) Fundamentos da História do Direito, B. Ho-
rizonte, 2001, ed. Del Rey, pp. 373 ss.; Werneck Sodré, Nelson, A História da
Imprensa no Brasil, Rio, 1966, ed. Liv. Bras.; Wilda, Wilhelm Eduard, *Das
Strafrecht des Germanen*, Halle, 1842; Willenbücher, Ferdinand, *Die
strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen. Ein Beitrag
zur Geschichte der kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrhundert*, Breslau,
1904; Wissenbach, Maria Cristina Cortez, Da escravidão à liberdade: dimen-
sões de uma privacidade possível, em Fernando Novais (org.) História da Vida
Privada, cit.; Witgens, W.J., *Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit
et annoté par Willem-Joan Wintgens, avocat à La Haye, attaché au Ministère
de la Guerre*, Paris, Imprimerie Nationale, 1883; Wolkmer, Antonio Carlos,
História do Direito no Brasil, Rio, 1998, ed. Forense; do mesmo, (org.), Direito
e Justiça na América Indígena, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv.; pp. 183 ss;
Zaffaroni, E. R. – Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal
Argentina*, Buenos Aires, A-Z ed., 1996; do mesmo, e Riegger, Ernst-Jürgen,
Código Penal de la República Federal Alemana, em *Revista Argentina de
Ciencias Penales*, Bs. As., 1977, n° 4; do mesmo, Em Busca das Penas Perdi-
das, trad. V.R. Pedrosa e A. L. Conceição, Rio, 1991, ed. Revan; Zahidé Ma-
chado Neto, Direito Penal e Estrutura Social, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva; Zoll,
Andrzej, *Der Verbrechensbegriff im Lichte des Entwurfs des polnischen
Strafgesetzbuches*, em ZStW, 1995, pp. 417 ss.; Zulueta, Luis, *Código Penal
del Imperio Alemán*, Madri, 1913.

§ 16. O confisco do conflito e o mercantilismo

I. *Da pessoa como parte à pessoa como objeto do poder*

1. As simplificações mais comuns da história da criminalização primária, ou seja, da formalização do poder punitivo em legislação penal manifesta, pretendem mostrar um sentido linear, centrando sua atenção nas penas previstas: penas ilimitadas (vingança privada), penas limitadas (vingança pública), penas mais restritas (humanização) e penas *racionais* ou da *etapa atual*, chamada por uns de *científica*, por outros de *técnica* e por outros tantos de *dogmática*, segundo o lugar onde se coloque o analista histórico que, em geral, aspira posicionar-se na cúspide de uma *evolução*. Em suma, sempre se cuida de apresentar a legislação penal no quadro de uma das inúmeras concepções evolutivas da história[1], tão correntes nos séculos XVIII e XIX, ignorando paralelamente o restante poder punitivo exercitado.

2. Na realidade, a uma historiografia da legislação penal cabe percorrer *os programas de criminalização primária traçados ao longo do tempo*, o que não deve ser confundido com sua realização como criminalização secundária e seu exercício do poder de vigilância, ou seja, com uma história do poder punitivo. A seleção criminalizante secundária pode ser conhecida historicamente por outros meios, tais como as pesquisas sobre a vida cotidiana, os arquivos (judiciais, policiais, hospitalares) e pela chamada *visão dos vencidos*; com a legislação, dispõe-se apenas de uma referência acerca do âmbito de seleção nela concebido, que nada nos diz sobre a forma como aquela foi exercida nem a quem se dirigiu, nem tampouco em que medida isso foi feito e muito menos ainda nos informa a respeito do exercício do poder de vigilância em cada época. Sem dúvida, tais programações se basearam em alguns discursos – e foram criticadas em outros tantos – que configuravam o saber correspondente ao poder e à resistência ao mesmo (contrapoder) em cada época. Particularmente, esses discursos correspondem à fundamentação ideológica e filosófica do saber penal, razão pela qual podem ser analisados em um momento posterior ao do tratamento de sua expressão legislativa como programa criminalizante. Por outro lado, tentou-se separar a história da legislação penal da processual-penal, em que pese a impossibilidade de desvinculá-las, em vista de sua necessária imbricação, sem esquecer, aliás, que a escisão legislativa entre os dois conteúdos é relativamente recente.

---

[1] Cf., por todos, Tissot, J. *El derecho penal estudiado en sus principios:* Ferri, *Principii*, p. 6; Lanza, Vincenzo, *L'Umanesimo nel Diritto Penale*.

3. Mirando a história dos programas criminalizantes, sem partir de preconceitos evolucionistas, é possível observar que, ao longo de milênios, vem surgindo uma linha demarcatória entre *modelos de reação aos conflitos*: um, o *de solução entre as partes*; o outro, o *de decisão vertical ou punitivo*. A linha divisória passa, portanto, pela *posição da vítima*, o que, necessariamente, concede uma *função ao processado ou apenado*. Muito pouca coisa obteremos ao estudarmos as penas no código de Hamurabi[2], no de Manu[3] ou no Antigo Testamento[4], se perdermos de vista essa linha que separa a *pessoa* (ser humano) do *objeto* (coisa). No *modelo de partes* há duas pessoas que protagonizam o conflito (a que lesiona e a que sofre a lesão) para o qual se procura uma *solução*. No *punitivo*, a vítima fica de lado, ou seja, não é considerada pessoa lesionada, mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal (que intervém quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima). O pretexto de *limitar* a vingança da vítima ou de *suprir* sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, para tirar-lhe *humanidade*. *A invocação à dor da vítima não é senão uma oportunidade para o exercício de um poder* que a respectiva seletividade estrutural torna bitolado e arbitrário. É verdade que o modelo de solução de partes também pode ser seletivo, em face de limitações arbitrárias para acessá-lo, mas o certo é que tais obstáculos seriam elimináveis com a democratização do acesso ao modelo, ao passo que a seletividade do modelo punitivo é imutável, por ser estrutural: o poder não pode materializar-se sobre todos, pelo menos enquanto se mantiver uma programação criminalizante tão superdimensionada. Ao rebaixar a vítima a um puro signo habilitante do poder, *o autor de uma ação lesiva também fica reduzido a um objeto sobre o qual se pode exercer poder*. Sua conduta tampouco tem valor negativo em si mesma, senão que ela é a contrapartida do desconhecimento da dor da vítima: trata-se apenas de um signo.

4. A intervenção do poder punitivo a pretexto de impor um talião limitativo[5] se revela como uma construção idealista[6], que esgota os argumentos a fim

[2] Cf. Bonfante, Pietro, *Le leggi di Hammurabi*; Manzini, V., em *Rivista Penale*, t. 57, pp. 677 ss; Gatti, T., em RICsPs, La Plata, 1930, pp. 260 ss; Thot, L., em RICsPs, La Plata, 1935, pp. 261 ss; Bouzon, Emanuel, Código de Hammurabi, Petrópolis, 1976, ed. Vozes; Bouzon, E., As Cartas de Hammurabi, Petrópolis, 1986, ed. Vozes; Bouzon, E., Ensaios Babilônicos, P. Alegre, 1998, ed. PUCRS; Sanmartin, Joaquin, *Códigos Legales de Tradición Babilônica*, Barcelona, 1999, ed. Trotta.

[3] Thonissen, J.J., *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*; Thot, L., em RICsPs, 1937, pp. 55 ss.

[4] Cf. Du Boys, Albert, *Histoire*, cit., pp. 40 ss, Goldstein, Mateo, *Derecho Hebreo a través de la Biblia y del Talmud;* Thot, L., op. cit.

[5] Cf. Garçon, Emile, op. cit., p. 39.

[6] Para observar-se o percurso do controle privado ao público na Inglaterra, cf. Spitzer, Steven e Scull, Andrew T., em Greenburg, David (org.) *Corrections and Punishment*, pp. 265 ss.

de evitar a imoralidade intrínseca do modelo punitivo que coisifica as partes do conflito ao rebaixá-las a *sinais*. Kant foi quem conseguiu levar às últimas consequências o mais ingente esforço intelectual nesse sentido. Entretanto, não o conseguiu: não há razão para admitir que a vítima possa querer que seu ofensor sofra o mesmo peso de dor, pois pode pretender algo menor e mais prático; Kant prescinde também da vítima, em nome da ética, para manter o contrato.

5. *A história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor.* De alguma maneira é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (*Gesellschaft*) sobre a comunitária (*Gemeinschaft*)[7], das relações de verticalidade (autoridade) sobre as de horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito (de seu caráter de pessoa) sempre constituíram o barômetro definitório.

II. O nascimento do sistema penal atual: o século XIII

1. A história do confisco do conflito faz parte de uma dinâmica inserida em um quadro comum à produção, ao saber, à guerra, à tecnologia etc[8]. Não convém cair em nenhum reducionismo, mas urge uma contextualização geral do processo que desembocou neste corte de onde surgiu o sistema penal tal como é concebido na atualidade[9], ou seja, como um modelo de decisão vertical com a vítima confiscada, reduzida a um objeto que proporciona o dado que permite individualizar um outro, sobre o qual se pode exercer poder, sempre que os operadores do sistema penal assim decidirem. O modelo de solução do conflito de partes se exprimia numa luta entre elas, num combate ritualístico ou simbólico relativamente restrito e regulado, ou seja, um estado de guerra entre pessoas decidido pela contenda ou por seus equivalentes simbólicos (a *prova de Deus* ou as diversas ordálias)[10]. Durante milênios, competiram o modelo de solução do conflito entre as partes e o modelo confiscatório, até acontecer a última expansão europeia do primeiro modelo com os povos germânicos, quando o

[7] Sobre isso, Tönnies, Ferdinand, *Comunidad y Sociedad*; do mesmo, *Principios de Sociología*.

[8] Acerca dos desenvolvimentos tecnológicos a partir do século XIII e da nova configuração do mundo, Cipolla, CarloM., *Historia económica*.

[9] Cf. Pereira dos Santos, Gérson, Do passado ao futuro em direito penal, p. 17.

[10] Cf. Blasco Fernández de Moreda, F., em JA, 1964, 114-965; Thot, L., *Arqueología criminal*; Böhmer, Georg Wilhelm, pp. 331 ss; Batista, Nilo, Matrizes, cit., pp. 47 ss.

confisco romano imperial desapareceu e as capitulares do século VI perderam vigência após a queda da monarquia franca.

2. O processo de criminalização primária nos estados escravagistas e feudais da Antiguidade – muitos dos quais correspondem a formações econômico-sociais diacrônicas, algumas delas contemporâneas à idade média europeia – constitui o material básico daquilo que se conhece por *legislação penal antiga*, cabendo excluir daí os estágios pré-históricos, frequentemente considerados simples regulações do comportamento quando, na realidade, possuem uma grande complexidade normativa que escapa ao penalista e só pode ser penetrada pela *antropologia cultural*.[11]

3. A China conseguiu sua primeira legislação sistemática – segundo fontes lendárias[12] – durante o século XXII a.C., por intermédio dos chamados imperadores *místicos*. Tratava-se de uma legislação tremendamente cruel, onde o delito mais grave era a rebelião, punida com várias formas de morte. Outra versão, mais verossímil, limita a origem da primeira codificação ao século VI a.C. Sua característica tende a preservar o controle ético-social, reconduzindo todos os delitos a uma lesão à autoridade da dinastia, em virtude da fusão dos princípios confucianos na teoria oficial do estado, que encontrou ampla difusão na posterior codificação do século VIII de nossa era[13]. Nessas leis não há nada parecido com uma ruptura entre os modelos de solução e de decisão, pois desde as épocas primitivas o modelo punitivo era consagrado como ideologia dominante. O mesmo se pode dizer do *código de Manu* na Índia, que concede à pena uma função eminentemente moral, já que a faculdade de apenar, exercida pela autoridade terrena por delegação de Brama, era considerada divina. Neste texto legal se apoiava a sociedade hindu, fortemente estratificada em castas pelo bramanismo[14]. No Japão, a origem da criminalização primária também teve como fundamento a teocracia, quando se sancionou em 1232 – medievo japonês – a *Lei das Penas*, onde as tipificações foram simplificadas e cuja lista era encabeçada pelos delitos contra o estado. No Egito, na Caldeia, na Assíria, na Pérsia e na América entre os astecas e os incas, a legislação penal foi configurada pela organização teocrática de suas sociedades, o que impôs que suas

---

[11] Por exemplo, Malinowski, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvage;* Hendler, E. S., *Las raíces arcaicas del derecho penal*; Geertz, Clifford, O Saber Local, trad. V.M. Joscelyne, Petrópolis, 2000, ed. Vozes, pp. 249 ss.

[12] Tjong, Zong Uk, em ZStW, 1972, pp. 1088 ss; Thot, L., em RICsPs, La Plata, 1933, pp. 120 ss; Kohler, Josef, *Das chinesische Strafrecht;* Escarra, Jean, *Le Droit Chinois;* Münzel, Frank, *Strafrecht in alten China*; Enrico Dell' Aquila, *Il Diritto Cinese*, Pádua, 1981, ed. Cedam; Tsien Tche-Hao, *Le Droit Chinois*, Paris, 1982, ed. PUF.

[13] Sobre esta última codificação, Miyazawa, Koichi, em ZStW, 1965, pp. 359 ss; Stauton, George Thomas, *Ta-Tsing-Leu-Lée*.

[14] Cf. Thonissen, *Études*, cit; Thot, L., *Historia del derecho penal hindú*.

normas penais fossem confiscatórias, em vista de todos os delitos constituírem faltas contra a religião ou contra o monarca ou chefe. Contudo, a mais importante legislação expropriatória, dentro do que se costuma chamar de *direito penal antigo*, foi a legislação babilônica, especialmente o célebre código do rei Hamurabi, do século XXIII a.C., que estabelecia penas drásticas e de aplicação imediata e somente para delitos menores previa a expulsão de seus autores da cidade. O princípio talional – embora não exclusivamente – predominava em toda a normativa, o que foi também a característica mais destacada da regulamentação penal hebraica[15].

4. A legislação penal greco-romana[16] pode ser considerada o ponto de secularização do poder punitivo e de uma limitada atenuação na crueldade das penas, como consequência de uma diferente concepção política acerca do governo e da autoridade, o que permitiu o aparecimento da composição, isto é, o cancelamento da pena mediante pagamento à vítima ou a seus parentes (controlada pela autoridade) e a obtenção da primeira distinção entre *delicta publica* e *delicta privada*. No direito romano[17], os primeiros eram perseguidos pelos representantes do estado em seu próprio interesse; os segundos, pelos particulares em benefício pessoal. Entretanto, com o advento do império, o procedimento penal *extra ordinem* passou a ser ordinário[18], afirmando-se assim o caráter público do poder punitivo, razão pela qual os *delicta privada* foram submetidos a penas públicas, inclusive os delitos mais leves que, durante a república, estavam sujeitos à negociação das partes. Pode-se asseverar que a tensão entre a república e o império pelo confisco total dos conflitos foi solucionada de modo decisivo em favor do confisco, por intermédio de tribunais que atuavam por delegação do imperador, corrompendo as instituições

---

[15] Pastoret, *Moisés como legislador y moralista*, 1788; Du Bois, op. cit., pp. 40 ss.

[16] Cf. Thonissen, J. J., *Le Droit Pénale de la Republique Athénienne*; Biscardi, Arnaldo, *Diritto Greco Antico*, Varese, 1982, ed. Giuffrè; Romilly, J., *La Loi dans la Pensée Grecque*, Paris, 1971, ed. B. Lettres; Cantarella, Eva, *Les peines de mort en Grèce et à Rome*, Paris, 2000, ed. A. Michel.

[17] Sobre direito romano, a obra clássica de Mommsen, T., *Römisches Strafrecht*; Ferrini, C., *Diritto Penale Romano*, em Enciclopédia Pessina, Milão, 1905, v. I, pp. 3 ss; Costa, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*; Gioffredi, Carlo, *I Principi del Diritto Penale Romano*, Turim, 1970, ed. Giappichelli; Coroï, Jean, *La Violence em Droit Criminel Romain*,. Paris, 1915, ed. Plon; Longo, Gianneto, *Delictum e Crimen*, Milão, 1976, ed. Giuffrè; Zoltán Méhész, K., *La injuria en derecho penal romano*, B. Aires, 1970, ed. A. Perrot; Garofalo, Luigi, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*; Bassanelli Sommariva, Gisella, *Lezioni di diritto penale romano*; Rein, Wilhelm, *Das Criminalrecht der Römer*; cf. a bibliografia indicada em Hippel, Robert von, op. cit., v. I, p. 17; no Brasil, entre outros, Meira, Silvio A. B., A Lei das XII Tábuas, Rio, 1961, ed. Forense; Giordani, Mário Curtis, Direito Penal Romano, Rio, 1997, ed. L. Juris; especialmente sobre o processo penal, Geib, Karl Gustau, *Geschichte das römischen Kriminalprozesses*, e, no Brasil, Lauria Tucci, Rogério, Lineamentos do Processo Penal Romano, S. Paulo, 1976, ed. J. Bushatsky.

[18] Sobre essas transformações, cf. Thomas, Yan, *Los artificios de las instituciones*, pp. 229 ss.

republicanas e ampliando o âmbito dos crimes *majestatis* até limites absurdos[19]. A partir daí se observará essa contradição em todo o posterior processo de criminalização primária: uma legislação que trata de se afirmar sobre a lesão ao direito da vítima e na qual esta não perde seu protagonismo na solução do conflito, e outra – como a do império romano, que pode ser considerada a fonte mais imediata do confisco medieval – que marca a tendência a *publicizar* todos os bens jurídicos e a reduzir a legislação penal a um instrumento a serviço dos interesses do estado. No caso de Roma, cabe também advertir que a legislação penal de Justiniano é a máxima expressão da subjetivização do delito como manifestação de inimizade ao estado, como realização do princípio de que a conservação deste estado é o fundamento da punição. Em síntese, a legislação penal romana nos mostra uma permanente tensão – que ainda hoje perdura – entre o direito penal republicano, que conservava âmbitos nos quais a vítima operava como pessoa, e o imperial confiscatório, que a degradava a um dado referencial (coisa).

5. Em franco contraste com a romana, no sentido de resgatar a vítima como parte, a punição mais grave que a lei penal germânica[20] conhecia era a perda da paz (*Friedlosigkeit*), que consistia em retirar do ofensor a proteção da comunidade, com o que ficava ele à mercê de quem quisesse matá-lo. A pena coletiva ou pública estava reservada aos traidores, tendo em vista que a vítima neste caso também era coletiva, mas no restante dos conflitos a ofensa dava lugar à *faida* ou inimizade do ofensor e sua família com o ofendido e sua família. Isso era natural em uma sociedade na qual a lesão a um dos membros do clã ou da família afetava economicamente a todos, pois constituíam unidades econômicas e bélicas. Tal situação de inimizade poderia terminar com a *Wergeld* ou composição, que consistia em uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família, mas também poderia ser resolvida mediante um combate judicial, ou ainda pela ordália ou julgamento de Deus: guerra ritualística ou simbólica. O estado de inimizade ou *faida* acarretava à família do ofendido o dever de levar adiante a vingança do sangue ou *Blutrache*, sempre que o conflito não se solu-

[19] A degradação na racionalidade da legislação penal romana é tradicionalmente observada com intenções comparativas a leis vigentes: assim, Pagano, Francesco Mario, *Principi del Codice Penale*, obra póstuma, p. 58.

[20] Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, pp. 21 ss; Rüping, Heinrich, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, p. 6; Del Giudice, Pasquale, *Diritto Penale Germanico rispetto all'Italia*, em Enciclopédia Pessina, cit., v. I, pp. 439 ss; cf. a bibliografia indicada em Wilda, Wilhelm Eduard, *Das Strafrecht des Germanen*; Osenbrüggen, Eduard, *Studien zur deutschen schweizerischen Rechtsgeschichte*, Basileia, 1881; do mesmo, *Das Strafrecht des Longobarden*; Rogge, Karl August, *Über das Gerichtswesen der Germanen – ein germanischer Versuch*; Scovazzi, Marco, *Scritti di Storia del Diritto Germanico*, Milão, 1975, ed. Giuffrè, 2 vols.; Brunner, Heinrich, *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona, ed. Labor; no Brasil, uma síntese em Batista, Nilo, Matrizes, cit., pp. 30 ss.

cionasse através do *Wergeld* ou pelo combate ou duelo. Neste modelo de solução de conflitos a introdução do asilo eclesiástico, ou seja, da intangibilidade dos ofensores refugiados nos templos, foi muito importante, pois servia para limitar a *Blutrache*, permitindo a contenção dos impulsos vindicativos enquanto se buscava entre as famílias e seus chefes uma via de solução.

6. O modelo germânico, reformado localmente, foi próprio do poder feudal. Dentro de tal cosmovisão tudo era *luta* como *paradigma dominante*. O sistema produtivo (fundamentalmente agropecuário ou pastoril e extrativista) representava uma predominante luta contra a natureza, presente na sobrevivência às pestes e às guerras, que investiam contra o humano e o natural; a tecnologia reduzia a guerra a um combate quase corpo a corpo com armas brancas e contundentes; o saber da época refletia essa contenda: para a filosofia e a teologia, a *disputatio* correspondia a uma luta de argumentos e citações entre as partes; a alquimia, era um conhecimento em luta contra a natureza; a astrologia era uma luta contra o cosmos para arrancar-lhe os segredos. O natural dentro desse paradigma era, do mesmo modo, que os conflitos fossem resolvidos por meio de luta e o direito se limitasse a garantir a lisura de suas regras. O modelo de solução de conflitos pelas partes se sustentou enquanto não foi gerado um poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo. A tecnologia foi exigindo que a luta com a natureza adotasse o caráter de *empresa* produtiva, levada a cabo em equipe e de modo planificado; a guerra caminhou na mesma direção: o combate corpo a corpo foi substituído por equipes disciplinadas com armas menos rudimentares e mais ofensivas. A nova tecnologia da produção e da guerra exigia equipes, especialização e disciplina. O saber empírico se baseava em provas, *sua essência passava da luta à prova* (verificação). O modelo de solução de conflitos era substituído pelo de decisão, que se resolvia pela *inquisitio*, conforme a mutação do paradigma geral do saber[21]. A disciplina devia ser estabelecida por atos de poder verticalizantes, e os conflitos não afetavam a vitima, mas sim o *soberano*: tornaram-se faltas disciplinares contra um monarca que precisava de uma população às suas ordens e, ao mesmo tempo, revelaram que o modelo punitivo era uma considerável fonte de recursos, pois permitia confiscar fortunas e obrigar os nobres a pagar multas para se livrarem das penas atrozes[22].

[21] Cf. Claro André, *Las inquisición y la cábala*, pp. 281 ss.

[22] Observe-se a recorrente parêmia "*qui confisque le corps, confisque les biens*" (citada, entre outros, por Laurent, Hippolyte, *Les Chatiments Corporels*, Lyon, 1912, ed. Phily, p. 17).

7. Na *Alemanha*, diante da dissolução do poder imperial, o confisco dos conflitos ocorreu através das centralizações locais do poder. Depois dos *Livros de direito*, dos quais o *Espelho da Suávia* e o *Espelho da Saxônia* (século XIII)[23] foram os mais importantes, a *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507)[24] tornou-se o maior acontecimento legislativo da época do direito comum alemão, nela se baseando a famosa *Constitutio Criminalis Carolina* ou Ordenação de Justiça Penal (*Peinliche Gerichtsordnung*), de Carlos V (1532)[25]. Embora o imperador não pudesse impor a Carolina aos senhores alemães, estes começaram a adotá-la e ela serviu de base para quase todo o direito penal comum vigente até a codificação[26]. Na *Itália* foi-se estabelecendo um *direito estatutário* por meio do qual os senhores confiscavam os conflitos e vendiam a impunidade de severos castigos corporais, de vez que os nobres podiam obtê-la através de pagamento às caixas comunais. No século XIV as legislações estatutárias separaram mais radicalmente a reparação e a pena. Não houve um modelo como a Carolina alemã, de modo que sua função foi ali cumprida pelos juristas (*glosadores*), baseados no direito romano imperial, nos estatutos e, em menor grau, nas leis germânicas. As penas dos estatutos eram terríveis e o poder de confisco, bem como seu exercício punitivo, praticado de maneira arbitrária até o século XVIII[27]. Na *França*, a partir do século XIII, os *Costumes* (recompilação de leis e usos feudais) foram dando lugar ao exercício do poder dos *juízes reais*, e os *casos reais* foram aumentando até se organizarem como completa jurisdição que logo necessitou de uma sala do parlamento (tribunal) de Paris reservada às causas criminais, em 1545 (Francisco I). O Ministério Público surge nas Ordenações de 1355, 1358 e 1371, e o princípio de que o delito deveria ser julgado no lugar de seu cometimento (Ordenações de 1453 e 1670) acabou com o privilégio feudal da lei de domicílio. Proibiu-se o duelo judicial entre 1367 e 1380, quando se instalou o processo inquisitório e, com ele, o sigilo e a tortura[28].

8. Na *Espanha*, a peculiar convivência das culturas germânica e romana facilitou a tendência ao confisco dos conflitos com base romana imperial. O

[23] *Sachsenspiegel*, ed. Insel; Koschorrek, Walter, *Dies Heildelberger Bilderhandschrift des Sachsenspiegels, Kommentar*; Eckhardt, Karl Augst, e Hübner, Alfred, *Deustschenspiegel*.

[24] Kohler, Josef, e Schael, Willy, *Die bambergische Helsgerichtsordnung*.

[25] Hellfeld Arthur, *Elementa Juris Germanico-carolini*; Kohler, Josef, *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*;edições antigas indicadas em Böhmer, Georg Wilhelm, op. cit., pp. 42 ss; tradução italiana de Tolomei, em *Rivista Penale*, X, pp. 5 ss e XIII, pp. 129 ss.

[26] Sobre o direito penal comum da Alemanha, cf. von Liszt, Tratado, v. I, pp. 41 ss.

[27] Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*, pp. 676 ss.

[28] Cf. Du Boys, Albert, *Histoire*, cit., vv. II e III; Laingui, André e Lebigre, Arlette, *Histoire du droit pénal*, Paris, ed. Cujas; v. I; Schnapper, Bernard, *Les peines arbitraires du XIIIe. au XVIIIe. siécle*, Paris, 1974, ed. R. Pichon.

Fuero Juzgo ou Livro dos Juízes (*Liber Judiciorum*)[29] foi a mais acabada tentativa nesse sentido, porém, geralmente, o direito foraleiro, sobretudo em sua prática, implicava uma resistência ao confisco bastante acentuada. As *Siete Partidas*, de Afonso X, o Sábio (1263)[30], representaram o avanço mais definitivo: a sétima partida consolidava definitivamente a pena pública. O direito foraleiro continuou avançando pela via dos *foros gerais* ou *territoriais* (diferentes dos municipais ou locais). A partir da chamada *reconquista*, iniciou-se um trabalho de centralização legislativa, ratificadora do poder punitivo, ao passo que as *Partidas* – que não haviam alcançado verdadeira vigência – permaneceram como lei supletiva. A primeira recompilação foram as *Ordenanzas Reales* de Castela dos Reis Católicos (1485), complementadas pelas *Leyes de Toro*, de Joana, a Louca (1505). A hostilidade contra mouros e judeus era sua nota mais destacada[31]. A desordem legislativa suscitou a redação da *Nueva Recopilación*, de Felipe II (1567), onde as leis penais se encontram no quarto livro[32]. A tradição espanhola das compilações esgotou-se com a *Novísima Recopilación* de 1805, de uma forma tardia, por ser uma obra completamente anacrônica para a Europa que, praticamente, reproduzia em seu cerne as disposições de 1567[33]. Em *Portugal*, como na Espanha, o direito foraleiro se desenvolveu até o início do movimento das compilações, ali chamadas de *Ordenações*. Na primeira dessas obras não há vestígio algum de conflito não confiscado, e as subsequentes não fazem outra coisa senão reafirmar sua vigência em todo o reino. As primeiras foram as *Ordenações Afonsinas*, do rei Afonso V (embora, aparentemente,

[29] Real Academia Espanhola, *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices;* Lardizabal, Manuel de, *Discurso sobre la legislación de los wisigodos; Pacheco, Joaquín Francisco, Los códigos españoles concordados y anotados*, Madri, 1847, v. I, pp. V ss; do mesmo, *El Código Penal*, I, p. 41; Peco, José, *La legislación penal visigótica*; Bernaldo de Quirós, Constacio, *Alrededor del delito y de la pena*, p. 109; Lalinda Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, p. 564; Sempere, Juan, *Historia del derecho español*, pp. 79 ss; Garcia (h), Juan Agustín, *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas*, p. 209; Batista, Nilo, Matrizes Ibéricas, cit., pp. 82 ss. Sobre a influência germánica, cf. Hinojosa, Eduardo, *El elemento Germanico en el Derecho Español*, Madri, 1915, ed. C. Est. Hist.; Alvarado Planas, Javier, *El Problema del Germanismo en el Derecho Español*, Madri, 1997, ed. M. Pons.

[30] López, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono*, v. III (Sétima Partida); Berni y Catalá, José, *Apuntamientos de las Leyes de Partida*; Gutiérrez, Josef Marcos, *Práctica Criminal de España*; Gutiérrez Fernández, Benito, *Examen histórico del derecho penal*, pp. 163 ss; Gomez de la Serna, Pedro, *Introducción histórica*, em *Los Códigos Españoles*, II, p. XXXV; Solalinde, Antonio, no prólogo a *Alfonso El Sabio*, t. 1.

[31] Sobre legislação penal do medievo espanhol, Orlandis, José, *Las consecuencias del delito en el derecho de la alta Edad Media*; López-Amo Marín, Angel, *El derecho penal español de la baja Edad Media*; Bernaldo de Quiroz, Constancio, *La picota – crímines y castigos en le país castellano*; Du Boys, A., op.cit., v. IV.

[32] *Leyes de Recopilación*, t. 2°, pp. 312 a 475.

[33] Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España*, v. II, pp. 759 ss.

aprovadas na regência do infante D. Pedro, em 1447). Seus textos não são originais, mas compilam e conciliam leis anteriores para facilitar sua aplicação. Dividem-se em cinco livros, sendo o último dedicado às leis penais. Difundida a utilização da imprensa, o rei Manuel I ordenou, em 1505, a feitura de uma nova obra, publicada em 1514, mas que não o satisfez, motivo pelo qual se elaborou uma edição definitiva em 1521, conhecida como *Ordenações Manuelinas*. Em 1603, o rei Felipe II da Espanha, na época também de Portugal, sancionou uma terceira compilação, que recebeu o nome de *Ordenações Filipinas*. A divisão formal foi mantida desde as *Afonsinas*[34].

9. A *Nueva Recopilación* espanhola (1567) e as *Ordenações Filipinas* portuguesas (1603) foram as leis penais mais importantes trazidas para a América Latina, próprias de monarquias altamente centralizadas, apesar de sua aplicação ter-se modificado, nas colônias espanholas por via do *direito indiano*[35], e, no Brasil, mediante leis mais inorgânicas[36], e ainda devido à prática notoriamente diversa das metrópoles[37].

III. Inquisição e poder punitivo mercantilista

1. Quando o conflito deixou de ser *lesão contra a vítima* e passou a significar *delito contra o soberano*, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca. O que era excepcional no direito germânico (a comunidade reagindo contra o traidor) fez-se regra: *todo infrator tornou-se um traidor, um inimigo do soberano*. A igreja[38] – como depositária da tradição jurídica romana imperial, adquirida quando de sua romanização – valia-se do interrogatório para obter a confissão, que era o modo de reverter o *estado de pecado*, entendido como característica pessoal que só evidenciava a infração[39]. Essa prática se difundiu como resultado da perseguição da heresia, que ameaçava seu poder vertical: a inquisição europeia foi criada até 1215 para dizimar os cátaros do Languedoc, passando mais tarde a Aragão e logo a toda Espanha, criando-se a inquisição moderna mediante bula de Xisto IV, em 1478, que perduraria até 1834[40]. O confisco do conflito na segunda metade do século XII aprofundou-se no XIII e levou à adoção do mesmo procedimento para interpelar o *estado de inimizade*. O processo inquisitório foi a via lógica de averiguação da inimizade, e a confissão não mais que a confirmação do averiguado. A pena era a neutralização dessa inimizade e a imposição de disciplina pelo terror. Quanto mais se reuniam provas contra alguém, mais evidente a manifestação de sua inimizade com o monarca e, por conseguinte, maior deveria ser a pena: para grandes sintomas, grandes remédios e vice-versa.

2. O disciplinamento da primeira etapa do confisco do conflito é o mesmo da guerra, levada a cabo com uma tecnologia superior à feudal, mas bastante rudimentar ainda. O saber elaborado a partir dos números da Índia, da álgebra, astronomia e navegação dos árabes, do papel, da bússola e da pólvora dos chineses[41] permitiu que a Europa fizesse a revolução mercantil (século XV), expandindo seu poder planetariamente com o *colonialismo*. A empresa guerreira

[34] As três compilações foram reimpressas pela Fund. Calouste Gulbenkian, em 1984. Como as *Filipinas* tiveram vigência parcial no Brasil, no âmbito do direito privado, até 1917 (revogadas pelo art. 1807 CC), encontram-se delas facilmente muitas edições, todas da Un. de Coimbra, a quem o marquês de Pombal outorgou o privilégio da edição, em 1773. O livro V das *Filipinas* está reproduzido em Pierangelli, José Henrique, Códigos Penais do Brasil. Menos conhecidas, as *Ordenações de Dom Duarte*, que existiram provavelmente como trabalho jurídico preparatório das *Afonsinas*, foram recentemente publicadas (Lisboa, 1988, ed. F. C. Gulbenkian).

[35] Las Casas, Bartolomé, Brevíssima Relação da Destruição das Índias, trad. H. Barbuy, P. Alegre, 1996, ed. L&PM (tal livro é de 1552); *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* (reimpressão por ed. Cult. Hisp., Madri, 1973, 4 vols.), especialmente v. II, pp. 275 ss; Carrancá y Rivas, Raúl, *Las Penas y las Leyes de Indias*, pp. 435 ss; Martinez Martinez, Julio Gerardo, *Historia del Derecho Indiano*, Cáceres, 1999, ed. Zigurat; Esc. Salamanca, *Carta Magna de los Indios*, Madri, 1988, ed. CSIC; Gomez, Thomas, *Droit de Conquête et Droits des Indiens*, Paris, 1996, ed. A Colin; Perez, Luiz Carlos, p. 169.

[36] Para o *Directorio que se deve observar nas Povoações dos Indios do Pará e Maranhão*, de 1757, cf. Almeida, Rita Heloisa, O Diretório dos Índios, Brasília, 1997, ed. Un.B; um precioso inventário da legislação indigenista entre 1500 a 1800, por Perrone-Moisés, Beatriz, em Carneiro da Cunha, Manuela (org.), História dos Indios no Brasil, S. Paulo, 1992, ed. Cia. das Letras, pp. 529 ss; Carneiro da Cunha, Manuela (org.), Legislação Indigenista no Século XIX, S. Paulo, 1992, ed. Edusp; Wolkmer, Antonio Carlos (org.), Direito e Justiça na América Indígena, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv.

[37] Sobre esta disparidade, Solórzano Pereira, Juan, *Política Indiana*.

[38] Sobre direito canônico, Schiappoli, Domenico, em Enc. Pessina, cit., v. I, pp. 669 ss; Plöchl, Willibald M., *Storia del Diritto Canonico*, Milão, 1963, ed. Massimo, 2 vols.; Berman, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, México, 1996, ed. F. de Cult. Econômica; Batista, Nilo, Matrizes, cit., pp. 163 ss.

[39] Para a insólita opinião de que tal prática não tem correspondência com a inquisição, cf. Herzog, Felix, em Romero Casabona, C. M. (org), *La insostenible situación del derecho penal*, pp. 42 ss.

[40] Cf. Le Goff, Jacques, *La baja edad media*; Claro, Andrés, *La inquisición y la cábala*, v. I, pp. 15 ss; Kamen, Henry, *La inquisición española*; Turberville, A. S., *A Inquisição Espanhola*, trad. C. Nascimento, Lisboa, ed. Vega; Lea, Henri-Charles, *Histoire de l'Inquisition au Moyen Age*, Grenoble, 1986, ed. J. Millon, 2 vols; Brenon, Anne, *Les Cathares*, Toulouse, 1998, ed. Milan; Herculano, Alexandre, História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal, 3 vols.; Bethencourt, Francisco, História das Inquisições, S. Paulo, 2000, ed. Cia. das Letras.

[41] Jaffe, Hosea, *Africa-Movimenti e lotte di liberazione*, p. 52.

de colonização foi realizada pelas potências marítimas (Espanha e Portugal), ao passo que as demais foram guerreando pela Europa e desenvolvendo formas produtivas mais complexas.

3. O processo que efetuara as mudanças, as quais deram lugar ao mercantilismo colonialista, continuou seu curso nos países do centro e norte europeus, fazendo avançar a tecnologia de produção, de guerra e o saber *empírico*. Espanha e Portugal se atrasaram nessa transformação, ancorando-se nos níveis de tecnologia e disciplinamento próprios da *reconquista* contra os árabes e da *conquista* dos indígenas: enquanto a Europa Central e do Norte se deslocava para o *industrialismo*, Espanha e Portugal permaneciam no *mercantilismo*. Quando a industrialização promoveu significativas mudanças (a *revolução industrial*), em meados do século XVIII, Espanha e Portugal perderam a hegemonia europeia e planetária, e a civilização industrial impôs uma nova forma de disciplinamento, de acordo com a tecnologia do momento e a etapa de poder planetário que se iniciava (*neocolonialismo*)[42].

[42] Cf. Halperin Donghi, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, p. 209.

§ 17. Da revolução industrial à revolução tecnológica

I. *O industrialismo e a contenção do poder punitivo*

1. O fortalecimento do caráter empresarial da produção, da guerra, da complexidade tecnológica e do saber empírico, provocado pelo industrialismo, desembocou em uma programação legal limitadora do poder punitivo. Várias foram as razões. **a)** O industrialismo não precisava conquistar, mas sim explorar, e as guerras recrudesceram como efeito direto da disputa pela obtenção de mercados ou matérias-primas. Seu disciplinamento é mais sutil em relação ao da revolução mercantil: não se centra na programação da seleção de inimigos para eliminá-los, mas na submissão de massas e nações para incorporá-las à sua tecnologia e torná-las funcionais para o poder industrial. Seu principal objetivo não é matar, mas domesticar para explorar. Isso tende a criar uma *humanização* das penas: do corpo se passa à alma, e a pena privativa de liberdade se expande[43]. Em certo sentido, é válido afirmar que *os cárceres são a imagem do mundo burguês do trabalho pensado até suas últimas consequências, que o ódio dos homens pelo que devem fazer com eles mesmos põe como emblema no mundo*[44]. **b)** O modelo industrial requeria certeza, previsibilidade, regras de jogo definidas[45], sobriedade e poupança[46], sentido programático baseado no empírico. **c)** Os dois fatores anteriores (exploração e racionalidade funcional) são de natureza econômica e se refletiram em um importantíssimo fator político: deram lugar a uma nova classe industrial em ascensão que buscou afastar do poder a nobreza decadente, o que aconteceu através de uma luta para limitar o poder da nobreza e, como é lógico, seu poder punitivo como instrumento privilegiado.

2. Essa tendência à limitação tem suas primeiras manifestações legislativas com as reformas do *despotismo ilustrado*, ou seja, com a adoção das ideias

[43] Cf. Foucault, Michel, *Surveiller et punir*. Nessa conjuntura entra em jogo o pensamento proporcionalista, que opera com três penas: a morte (a única indivisível), a prisão e a multa (Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, p. 54); a expansão da prisão corresponde à necessidade de estabelecer novas relações de dependência (Castel, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social – Una crónica del salariado*, p. 239).

[44] Horkheimer, Max e Adorno, Theodor W., *Dialéctica del iluminismo*, p. 267.

[45] Aí está a essência da demanda burguesa por *legalidade*, em contraste com a arbitrariedade – inclusive penal – do antigo regime; cf. Bonneville de Marsangy, A., *L'amélioration de la loi criminelle*, I, p. 25; Salvage, Philippe, p. 13.

[46] Weber, Max, A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.

racionalistas por parte dos nobres autocratas ao assumirem a tática de adequar-se às novas condições para conservar seu poder, na segunda metade do século XVIII. Embora tenham ocorrido algumas tentativas anteriores, como a de Colbert, na França, que culminou com a célebre ordenação processual[47], os tempos não estavam maduros para a codificação geral de todo o direito material, que se realizaria no final do século seguinte. Entre essas reformas cabe mencionar, em primeiro lugar, a do grão-duque Pedro Leopoldo da Toscana com o código de 1786[48], que reconhecia alguns antecedentes menos claros, como o código de Módena de 1771[49]. Este código praticamente derrogava a pena de morte, ao passo que, mediante editos anteriores, outras penas atrozes já haviam sido abolidas[50]. Data de 1767 a instrução outorgada por Catarina II da Rússia para a formação de um novo código penal, também pletórica da ideologia de Beccaria, mas que não chegou a ter consequências práticas[51]. Na Baviera e na Áustria houve dois momentos legislativos: no primeiro, sancionaram-se códigos que unificavam a legislação e consagravam a independência legal da *Carolina*, sem contudo incluir qualquer elemento iluminista; tais foram o código penal bávaro de 1751[52] e a *Constitutio Criminalis Theresiana*, sancionada por Maria Thereza da Áustria em 1768[53]. Em pouco tempo uma reforma penal de substancial importância, inspirada em ideias iluministas, foi introduzida com o código penal do imperador José II (*Código Josefino*) de 1787[54], que dividia as infrações (em graves ou penais e leves ou policiais) e substituía ordinariamente a pena de morte por várias penas privativas de liberdade e severos castigos corporais, proscrendo a analogia (ao estabelecer o *nullum crimen sine lege*). Embora previsse penas muito severas, tratava-se de um texto avançado para a época, que permitiu superar as instituições de direito germânico que sobreviviam na *Teresiana*. O *despotismo ilustrado* acabou com a *tortura* e com os últimos vestígios da feitiçaria, que perduravam na forma de *malefícios venenosos* em alguns estados. Na Alemanha, destino paralelo corresponde ao *Landrecht* da Prússia de 1794, sancionado sob a proteção de Frederico

[47] *Nouvaeu Commentaire sur l'Ordonnance Criminelle du mois d'Août 1670.*

[48] Para seu texto, Paterniti, Carlo, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786;* para sua importância, Rüping, Hinrich, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, p. 69.

[49] Vinciguerra, Sergio, *I Codice preunitari.*

[50] Pertile, Antonio, *Storia del Diritto Penale*; Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, p. 547.

[51] Cartuyvels, Yves, *D'ou vient le Code Pénal?, pp. 143 ss.*

[52] Schmidt, W., *Codex Iuris Bavarici Criminalis de anno* MDCCLI.

[53] Sobre esse texto Schmidt, Eberhard, op. cit., pp. 173 ss; Maasburg, Friedrich von, *Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung*; Kwiantkowski, Ernst von, *Die Constitutio Criminalis Theresiana*; Moos, Reinhard, *Der Verbrechensbegriff in Österreich in 18.und.19. Jahrhundert*, pp. 94 ss; Cartuyvels, Yves, pp. 249 ss.

[54] Schmidt, E., pp. 246 ss; Moos, R., pp. 163 ss; Tarello, G., pp. 514 ss; Cartuyvels, Y., pp. 264 ss.

II[55]. Paulatinamente, consolidava-se a ideia de *codificação* como organização em uma única lei e sob forma lógica de todas as disposições concernentes a um ramo do direito, à maneira de versão jurídica da Enciclopédia. Ainda que não se tenham consumado, também houve esforços codificadores na Espanha[56] e em Portugal[57]. O código de Pedro Leopoldo para a Toscana inaugurou essa corrente: convém assinalar que o primeiro âmbito jurídico codificado em sentido moderno foi o penal, mesmo antes do político e do civil.

II. A extensão limitadora na codificação do século XIX

1. Todos os países da Europa e da América editaram códigos penais e processuais-penais no século XIX[58], e inclusive nos países de direito comum (*common law*) desenvolveu-se o *statute law* (legislação formal)[59]. Nesse processo codificador mundial é clara a influência exercida pelo código de Napoleão de 1810[60], que serviu parcialmente de modelo para o código prussiano de 1851, adotado em 1871 como código do *Reich*[61], que, igualmente alterado, vigoraria na Alemanha até 1975. Embora o *Code Napoléon* conserve uma série de princípios racionais provenientes do pensamento da época, ele não era o código da Revolução Francesa, mas sim o texto estatista de um império, razão por que foi qualificado de código de Napoleão e não da França[62] e foi celebrado pelos reacionários como um

[55] Cf. Schmidt, E., p. 237; Willenbücher, Ferdinand, *Die Strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen;* Hattenharrer, H., *Allgemeiner Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*; Cartuyvels, Y., pp. 332 ss; Petti, Raffaele, em *Scritti in Onore di Enrico Ferri*, pp. 359 ss.

[56] Para o plano de Lardizabel, influenciado pela sistemática de Filangieri, cf. Casabo Ruíz, J. R., *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787*, p. 314 ss; do mesmo, sobre iniciativas posteriores, *El proyecto de código criminal de 1830, El proyecto de código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, e *El proyecto de código criminal de 1834*.

[57] Mello Freire, Código Criminal intentado pela Rainha Maria I – Autor Paschoal José de Mello Freire; cf. Neder, Gizlene, Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro, Rio, 2001, ed. F. Bastos; Souza Pinto, Bazílio Alberto, Lições de Direito Criminal, Recife, 1847, ed. S. Torres.

[58] Assinalou-se, talvez com excessiva linearidade, que haveria uma sequência "revolução-declaração-constituição-códigos" (Clavero, Bartolomé, em *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79 ss.).

[59] Cf. Stephen, James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, I, pp. 428 ss; Blackstone, W., *Commentaires sur les lois anglaises.*

[60] *Code des délits et des peines servant de supplément au procés-verbal des séances du Corps Législatif*, fevereiro de 1810. Para a interpretação jurisprudencial deste código em seus primeiros cinquenta anos, cf. Blenche, Antoine, *Études pratiques sur le Code Pénal.*

[61] A legislação pré-unitária em Stenglein, M., *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*: uma tradução espanhola do código imperial em Zulveta, Luis, *Código Penal del Imperio Alemán.*

[62] Prins, Adolfo, *La Legislación Penal Comparada*, I, p. 391.

triunfo da nova ordem burguesa frente ao código revolucionário de 1791[63]. Torna-se evidente que ele procurava, com suas severíssimas penas[64], privilegiar a proteção do estado, centrado na pessoa do imperador: na classificação de delitos por bens jurídicos da parte especial, o estado passava a ocupar o lugar de Deus. A antiga idéia da legislação penal de Justianiano – ou seja, a expressão do princípio de que a conservação do estado é o fundamento da punição – ressuscitou no *Code* e, na Alemanha, vai vincular-se a fundamentos hegelianos. A influência de Bentham sobre os redatores do código napoleônico evitou que este incorresse nos exageros das leis romanas. O próprio Target, na apresentação do projeto, sustentava ser a necessidade da pena o que a torna legítima[65], evidenciando um pragmatismo que evitou desvios maiores. Não obstante, em sua estrutura ficou claramente traçada a linha política penal imperialista, que serviu de modelo para outros textos envolvidos na mesma corrente em quase toda a Europa.

2. Apesar de o código napoleônico, na própria França, ter sobrepujado seu modelo contrário, o código revolucionário de 1791, este último não era de elevada qualidade técnica. A função de modelo oposto na legislação comparada, tecnicamente superior e dentro da linha mais pura do liberalismo, corresponde ao código da Baviera de 1813, redigido por Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach, que plasma as ideias de seu autor, sobretudo a respeito da pena[66]. Trata-se de uma lei cuja linguagem é extraordinariamente polida e técnica para sua época, com conceitos bem restritos e demarcados numa linha político-criminal que trata de situar em primeiro lugar o ser humano, o que fica evidenciado na classificação de infrações por bens jurídicos, que começa com os delitos contra as pessoas.

3. Muito significativo foi o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, elaborado sobre "bases", com 45 artigos, de José Clemente Pereira e um projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos[67], sob a influência do código francês, de

[63] Assim Du Boys, Albert, *Histoire du Droit Criminal de la France*, VI, p. 381; ed. Sagnier, *Code Criminel de la Republique Française*; sobre este código e seu sistema de penas fixas, Remy, H., *Les principes généraux du Code Pénal de 1791*;Salvage, Ph., p. 14; Stefani, Gaston *et alii*, op. cit., p. 60; Jeandidier, Wilfrid, pp. 49 e 465.

[64] Cattaneo, Mario, *Illuminismo e legislazione*, p. 118.

[65] Cf. Da Passano, Mario, *Emendare o intimidare?*, p. 106.

[66] Radbruch, Gustav, *Paul Anselm Feuerbach – ein Juristenleben*; Cattaneo, Mario A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milão 1970, ed. Comunità; Schubert, Gernot, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*.

[67] As "bases" de José Clemente Pereira em Pereira Pinto, A. (org.) Annaes do Parlamento Brazileiro, Câmara dos Srs. Deputados, Sessões de 1826, 2° v., pp. 16 ss. (sessão de 3.jun.826), editados em 1879 (Rio, ed. H. J. Pinto); o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos foi publicado muitos anos depois, eis que não fora incluído no Diário da Câmara: Projecto de Código Criminal apresentado na sessão de 4 de maio de 1827 pelo Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos.

Mello Freire, de Livingstone e de Bentham, sobre cujo conteúdo nos deteremos adiante[68]. Para a América Latina, sua transcendência foi superlativa: seu texto foi traduzido em francês[69], e ele viria a ser um dos principais modelos do código penal espanhol de 1848, reformado em 1850 e 1870[70], textos que influenciaram a legislação penal da maioria dos países latino-americanos do século passado. A Espanha, em 1822, havia sancionado seu primeiro código penal[71], influenciado pelo código das Duas Sicílias de 1819[72] e pelo de Napoleão. Ele teve escassa vigência, mas serviu de modelo para o código de El Salvador de 1826[73] e o da Bolívia de 1831 (Código Santa Cruz)[74], que foram os primeiros da América espanhola. Também foi sancionado em 1835 o primeiro código penal mexicano, pelo Estado de Veracruz[75] e igualmente o primeiro do Equador, em 1837[76]. Na Argen-

[68] Cf. § 18, *infra*.

[69] *Code Criminal de l'Empire du Brésil, adopté par les Chambres Législatives dans la session de 1830.*

[70] *Código Penal de España – Edición Oficial Reformada.* Sobre o texto de 1870, Antón Oneca, José, em ADPCP, Madri, pp. 229 ss; seus principais comentaristas foram Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*; Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, *El Código Penal concordado y comentado*; Viada y Vilaseca, Salvador, *El Código Penal Reformado de 1870*; Gómez de la Serna, Pedro e Montalbán, Juan Manuel, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*; Laso, Eustaquio, *Elementos de Derecho Penal de España.*

[71] *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822.* Pormenores de sua elaboração em *Diario de las Sesiones de Cortes*, pp. 1155 ss., apêndice ao n° 54; *Diario de Sesiones de Cortes*, legislatura de 1821, II, pp. 115 ss; *idem*, t.II, pp. 987 ss., n° 66, sessão de 25 de abril de 1822, pp. 1465 ss.

[72] *Codice per lo Regno delle Due Sicilie – Parte Seconda – Leggi Penali – Prima Edizione originale ed uffiziale;* Vinciguerra, Sergio, *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*; do mesmo, *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio*; Cardassi, Carlo, *Tesmologia Penale o vero analisi ragionata delle teorie di diritto penale compilate ad istituzione per la seconda parte del Codice del Regno delle Due Sicilie.*

[73] Este foi o primeiro código penal sancionado na América. O código espanhol de 1822 fora trazido de Madri por Mateo Ibarra (Menéndez, Isidro, *Discurso académico leído por el Doctor René Padilla y Velasco, en el Centenario del Código de Procedimientos Judiciales*). Em 1859, uma Comissão Revisora se referia ao código vigente como o espanhol de 1822 (García, Miguel Angel, *Diccionario Histórico-Enciclopédico de la República de El Salvador*, t. XII, pp. 470-473). O texto do código de 1826 se encontra em Menéndez, Isidro, *Codigo Penal del Estado decretado por la legislatura en 13 de abril de 1826* (*Recopilación de las leyes del Salvador en Centro-América: formada por el Sr. Presbítero Doctor y Licenciado Don Isidro Menéndez, a virtud de Comisión del señor Presidente Don José María San Martín, refrendada por el Sr. Ministro del Interior, Lic. D. Ignácio Gómez*, t. I, pp. 386-512).

[74] *Código Penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, 1831.

[75] *Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz*, em *Derecho Penal Contemporáneo*, n° 1, fevereiro de 1965.

[76] *Código Penal de la República del Ecuador sancionado por la Legislatura de 1837, reimpresso por orden del Gobierno, correcto y revisado por la Comisión Permanente del Senado.*

tina[77], o projeto de código penal redigido, sob encomenda oficial, por Carlos Tejedor[78], e publicado em 1868, seria sancionado por algumas províncias (La Rioja em 1876, Buenos Aires em 1877[79], e outras em anos subsequentes), sendo aproveitado como código penal da República do Paraguai em 1880. Uma única província argentina, Córdoba, adotaria, em 1882, como código penal outro projeto, chamado Villegas-Ugarriza e García, elaborado por três magistrados. Enquanto o Código Tejedor se inspirara no código bávaro de 1813[80], de autoria de Feuerbach, esse segundo se baseou no modelo espanhol de 1848, reformado em 1870.

4. Em 1825, o político e jurista norte-americano Edward Livingstone projetou para a Louisiana uma legislação penal, processual e penitenciária, adaptada mais tarde a um projeto federal para os Estados Unidos. Suas teorias se aproximavam das de Bentham e sua obra foi a primeira a dedicar um amplo espaço à execução penal[81]. O projeto não foi adotado nos Estados Unidos, mas teve importância por sua influência posterior, sendo sancionado na Guatemala e na Nicarágua em 1837[82].

5. Na segunda metade do século XIX surgiu uma nova geração de códigos europeus, cabendo destacar, por sua influência posterior, o da Bélgica, de 1867[83], e o da Holanda, de 1881[84], obras de acadêmicos – J. J. Haus[85], belga, e W.

[77] Para o estudo da programação criminalizante na Argentina, cf. Rodolfo Moreno (filho), *El Código Penal y sus antecedentes*; para os textos legais, cf. Zaffaroni, E. R. e Arnedo, M. Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*.

[78] *Proyecto de Código para la República Argentina;* sobre este texto, Nilve, Moisés, em *Rev. Penal y Penit.*, 1945, pp. 35 ss; do mesmo, em *Rev. del Inst. de Hist. del Derecho*, B. Aires, 1955-1956; Garcia Basalo, Juan Carlos, em *Rev. del Círculo del Personal Sup. del SPF*, I, 1978; a Carlos Tejedor se deve a primeira obra orgânica sobre direito penal da literatura argentina, o *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1860 (2ª ed., 1871).

[79] *Código Penal de la Provincia de Buenos Aires*, edição oficial.

[80] Provavelmente através da tradução francesa de 1852, de Ch. Vatel, *Code Pénal du Royaume de Bavière*. A parte geral do código bávaro de 1813, traduzida ao espanhol, figura como apêndice em Feuerbach, Anselm von, *Tratado de derecho penal*, trad. Zaffaroni, E. R. e Hagemeier, Irma, B. Aires, 1989, ed. Hammurabi.

[81] *Exposé d'un systéme de législation criminelle pour l'Etat de la Lousiane et pour les Etats-Unis d'América;* há também tradução francesa do *Rapport* à Assembleia, de 1825; sua obra foi traduzida e publicada na Guatemala: *Código Penal de Livingston, 1831*.

[82] Cf. David Vela, *Justice Penal y Sociedad*, em *Rev. Guatelmateca de Ciencias Penales*, ano I, 1991, p. 41; para o texto de Livingston na Nicaragua, Medina y Ormaechea, A. A., *La Legislacion Penal de los Pueblos Latinos*.

[83] Cf. Nypels, J.S.G., *Législation Criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*.

[84] *Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881)*; Brusa, Emilio, *L'ultimo progetto di Codice Penale Olandese;* do mesmo, *Codice Penale Olandese, 3 Marzo 1881*; sobre seu procedimento legislativo, Smidt, H. J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*; cf. ainda o clássico comentário de Noyon, T. J., *Het Wetboek van Strafrecht*.

[85] J. J. Haus, *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*.

Modderman[86], holandês – que substituíram o rígido código de Napoleão, muito embora a Holanda já tivesse feito uma tentativa própria de codificação derrogada pela invasão bonapartista[87], após breve vigência[88], e apesar de muito elogiado pelos autores holandeses e considerado superior em múltiplos aspectos[89]. O código belga foi adotado como código penal equatoriano[90]. À mesma geração pertence o código húngaro de 1878[91]. Na Itália já haviam sido sancionados muitos códigos locais[92], mas após a unificação o sardo generalizou-se[93] – exceto na Toscana[94] – até ser substituído pelo primeiro código sancionado para todo o reino, que foi o de 1889, conhecido pelo nome de *Codice Zanardelli*[95]. Trata-se de um texto construído sobre a expressa admissão do livre arbítrio: o agente devia ter consciência e liberdade de seus atos. Na época, ele recebeu as primeiras críticas positivistas através da pena de Lombroso, em um folheto intitulado *Tropo presto!* Pela solidez de sua estrutura exerceu influência sobre outros códigos, como o venezuelano (que o segue quase à letra). Em 1931, perdeu vigência, embora continue sendo o código penal do estado do Vaticano.

6. Esses códigos do século XIX correspondem inicialmente a uma tendência marcada pela luta da burguesia industrial ascendente contra a nobreza, que carrega o lastro dessa disputa de poder e do enorme esforço intelectual para conter o poder punitivo do antigo regime. Em seu conjunto, pode-se dizer que eles constituem, com suas notórias diferenças de grau, a legislação penal do velho liberalismo. Tais leis procuraram reforçar a ideia de delito como fato, exigir a lesão como

[86] Sobre este autor, van Heijnsbergen, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, p. 219

[87] Kemper, J. M., *Crimineele Wetboek voor het Koningrijk Holland, met eene Inleiding en Aanmerkingen*.

[88] Cf. Simons, D., *Leerboek van het Nederlansche Strafrecht*, p. 47; Pompe, W. P. J., *Handboek van het Nederlansche Strafrecht*, p. 22; van Hamel, G. A., *Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht*, p. 70.

[89] Assim van Hamel, p. 71; van Binsbergen, W. C., *Inleiding Strafrecht*, 1967, p. 34; do mesmo, *Algemeen karakter van het Crimineel Wetboek voor Koningkrijk Holland*.

[90] *Código Penal y Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal de la República del Ecuador.*

[91] Cf. von Liszt, Franz, *La Legislación Penal Comparada*.

[92] *Codice Penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastella; Codice per lo Regno delle Due Sicilie compilato dall'Avvocato Luigi Dentice*; para os trabalhos na direção de um código único em tempos napoleônicos, *Collezione dei travagli sul Codice Penale pel Regno d'Italia*, v. I; sobre a legislação penal da zona de ocupação austríaca, Fruhxald, W. T., *Manuale del Codice Austriaco sui Crimmini;* cf. ainda Da Passano, Mario, *op. cit.*, pp. 159 ss.

[93] *Codice Penale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna.*

[94] Da Passano, M., Mantovani, F., Padovani, T. e Vinciguerra, S., *Codice Penale pel Granducato di Toscana (1853)*.

[95] Sobre seus antecedentes e sua elaboração, Crivellari, Giulio, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*: os comentários mais exaustivos foram de Cogliolo, Pietro (*Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale secondo il Codice Unico del Regno d'Italia*) e Pessina, Enrico (*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano – raccolta di monografie*).

requisito indispensável da punição e restaurar o processo de partes em uma medida limitada, pois uma das partes é o Ministério Público, sem contar com que o acusatório se desvanecia com a instrução inquisitória do chamado *sistema misto*. Vivia-se então um momento de limitação do poder das agências, sem retroceder quanto ao confisco da vítima, efetuado desde o século XIII, mas que tomara da etapa anterior alguns elementos de que se valeu para limitar o poder punitivo.

7. Os fatores não diretamente políticos que levaram à limitação do poder punitivo em tais legislações (exploração e racionalidade funcional) foram causadores de seu reordenamento funcionalmente adaptado a uma nova forma de disciplinamento. A facilitação da exploração da classe operária e a racionalidade posta a serviço de seu controle social exigiam a remoção dos limites colocados pelos velhos liberais, de modo que, quando a burguesia industrial se assentou definitivamente no poder, na segunda metade do século XIX, teve início um movimento para o disciplinamento sutil e pragmático, isento dos limites liberais, isto é, meramente funcional: recondicionou-se a distinção entre *inimigos* (já não do *soberano*, mas da *sociedade*) e *indisciplinados*, que remontava pelo menos à Carolina, com a perseguição aos vagabundos[96], agora empiricamente identificáveis nos pobres não incorporados ao modo de produção industrial. Na última década do século XIX se iniciam os estudos que proporão intervenção penal sem delito ou, se se preferir, delito sem fato (medidas de segurança). Fruto da disputa entre o inquisitório disciplinador ou eliminatório e o semi-acusatório limitativo e retribuidor será toda a heterogênea legislação do século XX.

8. Cabe insistir em que os textos legais do século XIX – como os do XVIII – correspondem a ideias que orientam essa programação, embora a realidade da criminalização secundária tenha sido outra coisa, às vezes bem longinquamente vinculada ou mesmo abertamente contraposta à criminalização primária programada. A programação do mercantilismo só pôde ser levada a uma prática mínima porque, em caso contrário, bastaria a mera delinquência sexual para dizimar as populações, já notoriamente reduzidas devido às doenças e às pestes que irromperam após a concentração urbana: exerceu ela, em certa medida, uma função predominantemente simbólica, que procurava emparelhar a imagem do rei à imagem divina, enquanto juiz final de prêmios e castigos[97]. Do

[96] Cf. Cartuyvels, Y., *D'ou vient le code pénal?*, p. 32; sobre a repressão do bonapartismo, Bonneville, A., *De la amelioration de la loi criminel,* I, pp. 300 ss.

[97] Cf. Hespanha, Antonio Manuel, Da *iustitia* à disciplina. Para um monarca ibérico que administra justiça numa perspectiva de vicariato divino, Nieto Soria, José Manuel, *Ceremonias de la Realeza – Propaganda y legitimación en la Castilla Trastámara*, Madri, 1993, ed. Nerea, p. 79; do mesmo, *Fundamentos Ideológicos del Poder Real en Castilla (siglos XIII – XVI)*, Madri, 1988, ed. Eudema; cf. ainda o clássico Kantorowicz, Ernst H., Os Dois Corpos do Rei, trad. C.K. Moreira, S. Paulo, 1998, ed. Cia. das Letras.

mesmo modo, a contenção desse poder que os códigos do velho liberalismo pretenderam levar a cabo foi muito relativa, com predomínio de presos sem condenação e com prisões altamente deteriorantes e de efeitos letais[98]. As transformações verificadas no exercício do poder punitivo foram muito menores do que em sua planificação: *o discurso penal sofre sempre muito mais mudanças que a prática criminalizante, justamente porque, em grande parte, ele foi apenas um discurso de legitimação.*

III. Rumo a um disciplinamento sem limites

1. No século XX, manifestou-se abertamente a tendência legislativa a distinguir entre inimigos da sociedade e indisciplinados, com o objetivo de anular limites garantidores, de forma absoluta – que contempla a eliminação física – para os primeiros, e relativa – redução de garantias – para os segundos; de uma maneira franca, postulou-se o abandono dos limites e o retorno ao inquisitório. Em 1921, elaborou-se na Itália um projeto baseado na neutralização e no disciplinamento de sujeitos perigosos (*Projeto Ferri*)[99], proposta levada ao extremo por um projeto russo que concebeu um código sem parte especial (*Projeto Krylenko*)[100], mas o trabalho reformador italiano se concretizou com o *Codice Rocco* de 1930, obra jurídica máxima do fascismo[101]. Trata-se de um texto que combina penas retributivas com medidas neutralizantes. Quarenta anos depois de sua vigência, seus resultados sintetizaram-se da seguinte maneira: as pessoas não-perigosas e responsáveis serão castigadas unicamente com uma pena; as pessoas responsáveis e perigosas serão submetidas a uma pena, e uma vez cumprida esta, à medida de segurança; as pessoas irresponsáveis e não-perigosas não serão submetidas a qualquer pena; e, finalmente, se forem irresponsáveis e perigosas serão submetidas unicamente à medida de segurança. Entre as duas categorias de pessoas responsáveis inventou-se, por fim, o equívoco *tertium genus* de pessoas parcialmente responsáveis, aquelas que sofrerão pena reduzida e, uma vez cumprida esta, serão submetidas à medida de segurança. Como se pode comprovar, trata-se assim de uma verdadeira obra-prima da arte da combinação. Entretanto, as medi-

[98] Cf. Arenal, Concepción, *Estudios Penitenciarios;* sobre as mudanças legislativas e a permanência da realidade do poder punitivo, Mereu, Italo, *Storia dell' intoleranza in Europa – sospettare e punire.*

[99] Ferri, Enrico, *Proyecto preliminar de Código Penal para Italia*; pormenores do "estado perigoso sem delito" em Ruiz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales.*

[100] Krylenko, *La politique des sovietz en matiére criminelle;* Napolitano, em GP, 1932, pp. 1095 ss; Perris, em SP, 1931; Donnedieu de Vabres, *La crise moderne du Droit Pénal.*

[101] Para a evidente identidade política, Romano – Di Falco, E., em RIDP, Pádua, 1930, v. II, 2ª parte, p. 438; Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*, em *Gazzetta Ufficiale*, 26.out.30; Bise, E., em *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, pp. 126 ss. O trabalho preparatório chamou-se *Progetto di un nuovo Codice Penale (out. 27).*

das de segurança detentivas, em sua aplicação prática, constituem uma duplicação da pena e não oferecem nenhuma eficácia reeducativa[102]. Tentou-se derrogar o código Rocco no fim da II Guerra Mundial, para voltar ao código Zanardelli[103], sem êxito. As tentativas posteriores de substituição orgânica também não prosperaram. Entretanto, as reformas parciais introduzidas desde 1948 resultaram numa configuração atual de certa forma compatível com a república. O código Rocco exerceu marcante influência sobre o código uruguaio de 1933, de Yrureta Goyena[104], e sobre o código brasileiro de 1940[105].

2. Na Suíça, unificou-se a legislação penal – anteriormente cada Cantão tinha seu próprio código – com o código único de 1937, que entrou em vigor em 1942. Ele foi produto de um trabalho de mais de quarenta anos[106], no qual Carlos Stooss[107] desempenhou um papel central. Exerceu, quando ainda era projeto, grande influência sobre o código peruano de 1924[108] e, em menor grau, sobre a legislação argentina. Bem antes de Rocco, ele tentou combinar penas e medidas de segurança. Na Alemanha, o Código do *Reich* de 1871 continuou vigente, com numerosas modificações, até 1975, apesar das sucessivas tentativas de substituição. O nazismo não conseguiu realizar um projeto análogo ao de Rocco, mas se valeu de leis especiais de *proteção*[109], derrogadas depois da queda do regime. Em 1962, um projeto oficial (conservador)[110] foi apresentado e, em 1966, um grupo de professores apresentou outro em dissidência (social-democrata), conhecido como *projeto alternativo*[111]. O texto, em vigor desde

[102] Vassali, G., Pisapia, G. D. e Malinverni, A., em *Primeras Jornadas de Defensa Social de America Latina*, Caracas, 1974, pp. 153 ss.

[103] Vassali, Giuliano, em GP, 1972, pp. 513 ss.

[104] Reta, Adela e Grezzi, Ofelia, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay.*

[105] Sobre este texto (decreto-lei nº 2.848, de 7.dez.40) ninguém teve mais responsabilidade intelectual de que Nélson Hungria, que aliás se referia a Goyena como "o venerando professor uruguaio e preclaro autor do Código Penal de sua pátria" (Novas Questões Jurídico-penais, Rio, 1945, ed. Nac. Dir., p. 29).

[106] Iniciado por um labor comparativo, cf. Stooss, Karl, *Die schweizerische Strafgesetzbücher.*

[107] Texto ainda vigente, com sucessivas alterações compendiadas por Schultz, Hans, *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, pp. 12 ss.

[108] *Código Penal*, ed. Cuzco.

[109] Cf. Dalcke, *Strafrecht und Strafverfahren*. Cabe mencionar a lei de 28 de junho de 1935, que alterou o § 2º do código imperial, introduzindo a analogia no conceito de crime – e, portanto, dispensando o princípio da legalidade – além de tornar facultativa a aplicação da *lex mitior* em casos de sucessão de leis penais no tempo.

[110] *Entwurf eines Strafgesetzbuches.*

[111] *Alternativ – Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cuja Parte Geral e trechos da Parte Especial foram publicados (Tubinga, 1971, ed. J. C.B. Mohr); cf. Zaffaroni, E. R., *Parte General de la Reforma Penal de la República Federal Alemana*; Jescheck, H. H., *Reforma del Derecho Penal en Alemania*; Beristain, Antonio, *La reforma del código alemán*; Moccia, Sergio, *Política Criminale e riforma del sistema penale.*

1975[112], recebeu elementos de ambos, e fundamenta as penas na culpabilidade e as *medidas de melhoramento, educativas e de correção* na periculosidade. Por caminho similar, embora talvez com maior coerência, o código austríaco de 1975 se destaca, tendo Nowakowski aproveitado sagazmente o longo debate alemão[113]. Portugal sancionou um novo código penal em 1983, parcialmente modificado depois, seguindo de perto as reformas alemã e austríaca[114]. A Espanha vinha mantendo o texto de 1870, com sucessivas reformas; tampouco o franquismo produziu um código penal[115]. Finalmente, França e Espanha sancionaram novos códigos penais em 1994[116] e 1995[117], respectivamente, depois de prolongada elaboração legislativa.

3. No oriente, o Japão, que havia sancionado seu primeiro código penal em 1880 sobre o modelo napoleônico, editou seu vigente código em 1907, a partir do modelo alemão de 1871[118]. Na Índia, a legislação penal data de 1860, por obra de Thomas Babington Macaulay (1800-1859), cujo trabalho legislativo inspirou-se no projeto de Livingston e no código francês, sendo amplamente citado no direito da família anglo-saxônica[119]. A China rege-se pelo código penal de 1980, que mantém a analogia[120]. Está em curso, nos países do Leste Europeu, um movimento de reforma ainda não suficientemente estudado[121]. O direito penal dos países

[112] Seu texto em Zaffaroni, E. R. e Riegger, Ernst-Jürgen, *Rev. Arg. De Ciencias Penales*, B. Aires, 1977, nº 4; Eiranova Encinas, Emilio (org.) *Código Penal Alemán*, Madri, 2000, ed. M. Pons (um breve prólogo de Claus Roxin contém uma resenha das mais importantes leis de reforma).

[113] Foregger, Egmont, e Serini, Eugen, *Strafgesetzbuch;* Ministério Federal da Justiça, *StGB Dokumentation zum Strafgesetzbuch;* o projeto oficial em *Protokollen des Nationalrates XIII G. P.*, 16.nov.71.

[114] Figueiredo Dias, Jorge, *Código Penal e outra Legislação Penal.*

[115] Em 1928, durante a ditadura de Primo de Rivera, um código penal – de cuja elaboração participaram Cuello Calón e Quintiliano Saldaña –foi promulgado; proclamada a segunda República, em 1931, tal código foi revogado, retornando-se ao de 1870. Com a colaboração de Jiménez de Asúa, Antón Oneca e Rodríguez Muñoz, um anteprojeto de reforma do velho texto de 1870 seria aprovado pelas Cortes, vindo a constituir o código penal de 1932, que vigorou inclusive nos primeiros anos da ditadura de Franco, até 1944, quando um novo código penal retorna ao modelo histórico espanhol. Cf. Casalo Ruíz, José Ramón, *El proyecto de Código Penal de 1938 de FET y de las JONS*; do mesmo, *El proyecto de Código Penal de 1939;* Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Madri, 1996, ed. Universitas, pp. 117 ss.

[116] *Code Pénal, Nouveau Code Pénal, Ancienè Code Pénal.*

[117] *Boletín Oficial del Estado, Separata, Código Penal.*

[118] Tjong, Zong Uk, em *Rev. de Ciencias Jurídicas*, pp. 151 ss

[119] Sinha, Balbir Sahai, *Principles of Criminal Law*; AAVV., *Essays of Indian Penal Code*, Bombain, 1962; Srivastava, Om Prakash, *Principles of Criminal Law*, N. Delhi, ed. Eastern Book.

[120] Chin, K., *The Criminal Code of the People's Republic of China*; de Sanctis, Sergio, *Profili della Legislazione Penale della Republica Popolare Cinese*; Wang, D. T. C., *Les sources du droit de la Republique Populaire de Chine*, Genebra, 1982, ed. Droz, pp. 73 ss.

[121] Cf. Lammich, Siegfried, em ZStW, 1997, pp. 417 ss; Zoll, Andrzej, em ZStW, 1995, pp. 417 ss.

islâmicos deflui de normas religiosas, juridicamente reconstruídas em refinadas elaborações, que também não serão aqui objeto de estudo[122].

4. A tendência legislativa que procura levar adiante o disciplinamento sem limite algum, e sua adversária, que tenta estabelecer ou reforçar os limites, costumam ser assinaladas como *autoritária* e *liberal* respectivamente. Trata-se do antagonismo entre uma tendência que pretende reduzir a legislação penal a uma espécie de *regulamento da função-gendarme*, que propicia às agências judiciais a tarefa de dócil supervisão das agências policiais que exercem a atividade de vigilância e repressão do estado de polícia, e uma outra que concebe a lei penal como instrumento básico de limitação do mesmo estado de polícia, buscando com isso conter de algum modo tal atividade e conceder certo grau de efetividade limitadora às agências judiciais.

IV. A contradição irracional da legislação penal da globalização: a decodificação penal

1. O *mercantilismo* demandou o confisco da vítima e do conflito sem limites, como instrumento de verticalização corporativa da sociedade (classes hierarquizadas, conceito de estado como *organismo*), necessária para os empreendimentos nacionais de poder planetário (*colonialismo*) e bélico. O *industrialismo* exigiu o limite desse poder vertical até que a nova classe hegemônica se instalasse no poder (conceito de estado como *contrato*), mas adotou, em seguida, o critério de livrar-se desses limites em um programa que tem por objeto eliminar seus inimigos e submeter os indisciplinados, para realizar sua empreitada de integração econômica periférica (*neocolonialismo*) em seu grande aparato produtor nacional (industrialização do centro). As leis penais refletiram as sucessivas *emergências*[123], especialmente na América Latina[124].

2. A atual *etapa tecnológica* suscita equiparação salarial com os níveis mais baixos do planeta e desemprego estrutural para os restantes em um exercício do poder planetário (*globalização*) que se desloca dos estados para monopólios ou oligopólios transnacionais. O estado fica reduzido a uma função arrecadadora[125]: ele é concebido como empresa regida por critérios de *eficácia*. Suas necessidades são contraditórias: devem acabar com qualquer obstáculo ao exercício do poder de tais oligopólios e disciplinar ou eliminar os excluídos para que não perturbem, o que requer exercício arbitrário do poder (ideologia de segurança urbana), que não é funcional para os oligopólios. Fomenta-se uma economia de mercado que a comunicação faz crescer em competitividade e complexidade e, portanto, em indisciplina, que o próprio mercado resolve por meio de atividades econômicas ilícitas organizadas: o combate a tais atividades requer intervencionismo, porém cada iniciativa intervencionista produz efeitos que respondem às próprias leis de mercado, ou seja, potencializa a atividade ilícita, elevando seus níveis de sofisticação, organização e rentabilidade.

3. A nota característica da legislação penal do momento é a *contradição* sob a aparência de *pragmatismo*: a ideologia do crime organizado[126] se traduz em leis que se transnacionalizam sem lograr realizar-se como criminalização secundária de alguma relevância, porquanto destruiriam o mercado; a repressão conforme a ideologia de *segurança urbana* (demagogia legislativa)[127] cria leis que anulam garantias, corrompem as agências e acabam em destruição institucional, com insegurança para o investimento; a programação criminalizante segundo a ideologia da agressão ao meio ambiente não pode ser concretizada senão à custa da diminuição de rendas, aumento do desemprego e obstaculização dos oligopólios; as leis nacionais e internacionais que *proíbem serviços* servem para aumentar o preço destes últimos em mercados de serviços proibidos[128], impossibilitados de serem desbaratados sem inferir danos imprevisíveis no sistema financeiro mundial, nas economias regionais e nos regimes políticos; a *corrupção* que afeta a segurança do investimento produtivo não pode ser controlada senão mediante o restabelecimento efetivo de instituições democráticas, que abram espaço social para os excluídos do sistema; a impotência dos operadores políticos que, devido à minimização dos estados, não podem resolver problemas com mudanças reais, fomenta respostas às demandas de solução mediante leis penais[129] com efeito negativo sobre a corrupção e o mercado. Enquanto a nível nacional se produz a decodificação do direito penal, no plano internacional se propugna pela codificação

122 Mostafa, Mahmoud M., *Principes de Droit Pénal des Pays Arabes*, Paris, 1973, ed. Lib. Gen. Droit; Bassiouni, M. Cherif (org.), *The Islamic Criminal Justice System*, N. York, 1982, ed. Oceana.

123 Legislações de emergência deslocam poder da magistratura para a polícia (cf. Corso, Guido, *Ordine Publico*, em *Enc. del Diritto*, XXX, p. 1.078), com a consequente perda de garantias (cf. Ferrajoli, Luigi, em DDDP, nº 2, 1984, pp. 271 ss).

124 A crítica à legislação de emergência brasileira contra o anarquismo em Moraes, Evaristo de, Problemas de direito penal e de psychologia criminal, pp. 47 ss; tratamento atual do tema em Tavares, Juarez, em *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, pp. 629 ss.

125 Bergalli, Roberto e Resta, Eligio, *Soberanía: un principio que se derrumba.*

126 Tocora, Fernando, em *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1999, pp. 87 ss.

127 Cf. Toron, Alberto Z., Crimes Hediondos – o Mito da Repressão Penal.

128 Para a questão das drogas, Evans, Rod L. e Berent, Irwin M., *Drug Legalization, For and Against*; Choiseul Praslin, Charles-Henri, *La Drogue – une économie dynamisée par la répression*, Paris, 1991, ed. CNRS; Malamud Goti, Jaime, em *Teorías Actuales*, cit., pp. 651 ss.

129 Em franca oposição ao movimento de descriminalização dos anos setenta e oitenta do século XX; cf. *Decriminalización – Informe del comité europeo sobre problemas de la criminalidad*, Conselho da Europa, 1980.

a nível regional[130], como um sintoma a mais dos desconcertos e contradições do momento. A rigor, pareceria que a velha proposta de Radbruch (não um direito penal melhor, mas sim algo melhor que o direito penal[131]) se inverte radicalmente na legislação recente, que sequer recorre a melhores leis penais, e sim acresce mais e mais soluções penais a novos âmbitos conflitivos. Não é de estranhar que a legislação penal contemporânea tenha abandonado praticamente a ideia de codificação nem que leis penais inexplicáveis sejam criadas, motivadas em meio a todos esses impulsos, os quais, por serem contraditórios, tornam-se irredutíveis a qualquer racionalidade, inclusive à meramente funcional.

V. As duvidosas tendências da codificação penal latino-americana

1. Na América Latina, tendências contraditórias em sua codificação vêm se sucedendo[132]. Se prescindirmos das tentativas locais que não tiveram êxito legislativo, como o projeto de Manuel de Vidaurre para o Peru, aparentemente de 1812[133], em suas origens foi adotado como modelo o código espanhol de 1822 em El Salvador, no México, no Equador e na Bolívia e o código napoleônico no Haiti e na República Dominicana. A Bolívia manteve seu texto até 1973 e o Haiti e a República Dominicana permanecem no modelo francês até o presente momento. Em uma segunda fase, o modelo do código espanhol de 1848-1850-1870[134] expandiu-se, exceto no Equador, que adotou o código belga, na Argentina, que seguiu o bávaro e no Paraguai, que observou o modelo argentino[135] até

[130] Tiedemann, Klaus, em *Revista Penal*, nº 3, Barcelona, 1999, pp. 76 ss; Silva Sánchez, Jesús-Maria, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, pp. 47 ss.

[131] *El hombre en el derecho*, p. 69.

[132] Existem diversas compilações dos códigos da região: Medina y Ormaechea, Antonio A. de, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*; Jiménez de Asúa, Luis e Carsi Zacarés, Francisco, *Códigos Penales Iberoamericanos según los textos oficiales*; Ricardo Levene e E. R. Zaffaroni, *Los Códigos Penales Latinoamericanos* (4 vols); Universidade de Salamanca, *Los Códigos Penales Iberoamericanos*; sobre seus movimentos e reformas, Rivacoba, Manuel de e Zaffaroni, E. R., *Siglo y medio de Codificación Penal en Iberoamérica*.

[133] Publicado em 1822, mas difundido com a edição de Boston de 1828; cf. Manuel de Vidaurre, *Proyecto de Código Penal*; Rivacoba, Manuel de, *El primer proyecto americano de código penal*. Teria existido outro projeto, em 1823, para a Colômbia, elaborado por Jerónimo Torres e Tomás Tenorio (cf. Velásquez, Fernando, p. 202), bem como um projeto argentino, obra do jurista francês Guret de Bellemare, cujo texto se perdeu (cf. Piccirilli, Ricardo, *Guret Bellemare – los trabajos de un jurisconsulto francês en Buenos Aires).*

[134] Modelo ainda vigente no Chile desde 1874 (cf. introdução de Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comision Redactora*, Valparaiso, 1974, ed. Edeval).

[135] Lei paraguaia de 21 de julho de 1880 dispunha: "*Declárase ley de la República el Código de la Provincia Argentina de Buenos Aires, com las modificaciones, supresiones y adiciones hechas en la siguiente reproducción de su texto*".

1910[136], quando adotou um texto muito defeituoso que seria substituído em 1997[137]. Posteriormente, surgiram os códigos europeus de segunda geração: o italiano de Zanardelli – até hoje vigente na Venezuela[138] – e o suíço que influencia o peruano de 1924. O Brasil sancionou seu primeiro código penal em 1830, e esta foi a única obra original traduzida para o francês e levada em consideração na Europa: o código espanhol de 1848 recebe uma clara influência dela. O segundo código penal brasileiro foi injustamente criticado pela doutrina positivista dominante. A desordem legislativa determinou que em 1932 se adotasse uma *Consolidação das Leis Penais* e mais tarde, a partir de um projeto oficial, se elaborasse o código penal de 1940, com o evidente selo do código Rocco, de 1930, que já havia desembarcado no Uruguai, em 1933, com o de Yrureta Goyena.

2. Desde 1963 se foi elaborando o chamado *Código Penal tipo latino-americano*[139], um texto redigido sobre base tecnocrática (cuidadas definições dogmáticas incorporadas ao texto legal) e cujas penas combinam retribuição com neutralização, penas e medidas, de acordo com a via dupla e o sistema vicariante, tudo de um modo perigoso e muito pouco limitador. O código-tipo foi seguido por vários países centro-americanos, inclusive o Panamá. Há vestígios seus também reconhecíveis no código da Bolívia (*Código Banzer*), que substituiu o velho código espanhol de 1822, bem como, mais longinquamente, no código brasileiro de 1969, que se manteve com vigência suspensa até sua derrogação. Dele se distanciaram o código peruano de 1991, a reforma brasileira de 1984, o código peruano de 1991, o paraguaio de 1997 e as reformas parciais argentina, de 1984, e uruguaia, de 1985. A Venezuela continua com um texto que obedece muito fielmente ao código Zanardelli, apesar de manter, como a Bolívia, leis de estado perigoso sem delito. O Equador reformou seu código em 1938, mas preserva a estrutura do código belga e, portanto, não reconhece as medidas. Algo análogo acontece com o chileno, obediente ao espanhol de 1870. O México sancionou um código próprio no século XIX, o chamado Código de Martínez de Castro ou Código Juárez, e depois da Revolução pôs em vigência um texto de nítido corte positivista até a sanção, em 1931, de um código que combina elementos do espanhol de 1870, do Rocco, do argentino e do Projeto Ferri[140], posteriormente reformado com sentido mais garantidor. Cuba

[136] Paciello, Oscar, *Código Penal Paraguayo*.

[137] Sobre este texto, Guzmán Dalbora, José Luis, em RDPC, B. Aires, 1999, pp. 621 ss; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, em RDPC, Madri, 1996, pp. 1283 ss.

[138] *Compilación de leyes penales de Venezuela*.

[139] *Universidad Nacional del Litoral, El Código Penal Tipo para Latinoamérica*; Grisolía, Francisco (org.), *Código Penal Tipo para Latinoamerica*, Santiago, 1973, ed. Jur. Chile, P. G., tt. I e II (2 vols.); Bueno Arus, Francisco, em *Documentación Jurídica*, Madri, nº 14, abr. jun. 1977.

[140] Esses textos e os códigos dos estados em *Instituto Nacional de Ciencias Penales*, *Leyes Penales Mexicanas*.

se orientou em direção ao positivismo com seu *Código de Defensa Social* de 1936[141] ; depois da Revolução manteve sua vigência com reformas até ser, em 1979, substituído por um código demasiadamente severo, modificado em 1987 com conteúdos mais moderados[142].

3. Tal mosaico de códigos, que reflete a influência heterogênea de textos europeus de diversas épocas, dá lugar a uma notória disparidade no planejamento da criminalização secundária, o que não parece ter importância prática, porquanto as possibilidades de realização são limitadíssimas. Na América Latina o disciplinamento industrial apresentou peculiaridades e, na prática, renasce a ideia de guerra com a busca ilimitada e a supressão do inimigo[143], muito próxima do mercantilismo pré-industrial, levada a cabo por agências executivas com escasso controle judicial, autonomizadas[144] e que constituem um fator de poder que pressiona o político. Uma velha tradição deixa a criminalização secundária das classes subalternas ao arbítrio de agências policiais deterioradas, às quais se garante autonomia para arrecadações ilícitas, o que destorce todo o funcionamento dos sistemas penais da região.

4. A esses códigos se agrega, em todo o continente, uma legislação penal especial que costuma superar amplamente a matéria codificada e que se amontoa na velha forma das *recopilaciones* ou *ordenações* coloniais, ressalvada a pureza da língua e a elegância do estilo. Um grave processo de decodificação da legislação penal está em curso. Cabe mencionar, por sua importância estratégica internacional e interna, o desenvolvimento, nos últimos lustros, de umas *leis antidrogas,* com sanções e normas processuais que ignoram todos os limites constitucionais e protagonizam o mais extenso projeto de criminalização secundária em andamento no nosso continente[145].

[141] Raggi y Ageo, Armando, *Derecho Penal Cubano – El Código de Defensa Social.*

[142] *Gaceta Oficial de la República de Cuba,* 30 de dezembro de 1987, lei nº 62/87, *Código Penal (Actualizado).*

[143] Cf. Tocora, Fernando, *Política criminal en América Latina*, p. 175.

[144] Tais agências foram utilizadas pelas ditaduras da "segurança nacional", cf. García Mendez, Emilio, *Autoritarismo y control social.*

[145] Para o Brasil, cf. Carvalho, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio, 1996, ed. Luam; Batista, Nilo, Política criminal com derramamento de sangue, em Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 3, pp. 77 ss; Batista, Vera Malaguti, Difíceis Ganhos Fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Rio, 1998, ed. F. Bastos; para a América Latina, cf. os trabalhos de Rosa del Olmo, entre os quais A Face Oculta da Droga, Rio, 1990, ed. Revan; *Prohibir o domesticar?*, Caracas, 1992, ed. N. Sociedad; da mesma (org) *Drogas – El conflicto de fin de siglo*, Caracas, 1997, *Cuadernos Nueva Sociedad*, nº 1.

§ 18. História da programação criminalizante no Brasil

I. *A criminalização primária no modelo colonial-mercantilista*

1. É ilusório atribuir à programação criminalizante, na conjuntura colonial brasileira seiscentista, funções similares às que desempenhará em momentos posteriores. Os usos punitivos do mercantilismo, concentrados no corpo do suspeito ou condenado – na reinvenção mercantil do degredo[146], nas galés, nos açoites, nas mutilações e na morte – encontram-se, na colônia, praticados prin-

[146] Rusche, G. e Kirchheimer, O., Punição e Estrutura Social, trad. G. Neder, Rio, 1999, ed. F. Bastos, pp. 33 ss. A história da legislação portuguesa confirma não apenas Zaffaroni, quando vê na colônia uma macro-instituição de sequestro (Em Busca das Penas Perdidas, trad. V.R. Pedrosa e A.L. Conceição, Rio, 1991, ed. Revan, pp. 74 ss) – e antes dele Euclides da Cunha, que via o Brasil inaugurado como "vasto presídio" (Os Sertões, p. 84), mas também Rusche e Kirchheimer, quando insistem nos fundamentos econômicos da alternância entre degredo e galés. Dois degredados já foram deixados por Cabral, como Pero Vaz de Caminha registrou. Numa fonte italiana, Capistrano de Abreu descobriu o projeto de enviar uma frota ao Brasil, em 1533, de três caravelas contendo cada uma uns dez ou doze condenados à morte, para não expor a perigo homens de bem (Capítulos de História Colonial, Brasília, 1982, ed. UnB, p. 65). Alvará régio de 31.mai.1535 determinava que "o degredo para S. Thomé se mude para o Brasil". Um ano depois, novo alvará (6.mai.1536) ordena que "os moços vadios de Lisboa, que andam na ribeira a furtar bolsas e fazer outros delitos", na segunda prisão fossem degredados para o Brasil. Dois meses antes, uma carta concedia couto e homizio a todos os condenados (salvo por heresia, traição, sodomia e moeda falsa) que viessem povoar a capitania de Pero de Góes (cf. Inácio, Inês C. e Luca, Tânia R., Documentos do Brasil Colonial, S. Paulo, 1993, ed. Ática, p. 48). Deles se queixaria um donatário: "nenhum fruito fazem na terra mas muito mal e dano" (cf. Romero Magalhães, Joaquim, *in* Mattoso, José (org.) História de Portugal, Lisboa, 1993, ed. Estampa, v. 3º, p. 577). Um alvará de 28.jul.1541 estabelece que os mestres e pilotos aos quais eram entregues os degredados deveriam trazer certidões sobre como ficaram eles servindo, e dois outros, de outubro de 1542, provêm sobre degredo dos presos da Misericórdia. Nova provisão, de 5.out.1549, manda que não se degrede para a ilha do Príncipe, e sim para o Brasil. Os condenados pelo arcebispo de Lisboa a degredo deveriam ser levados à cadeia daquela capital para serem encaminhados (alv. 16.jan.1554). Em 1564, num quadro de fortalecimento da burocracia judicial, durante a regência do cardeal D. Henrique, um assento da Casa da Suplicação permitiu a comutação do degredo para o Brasil em galés (8.abr). Outro assento, de 17.mai.1607, direcionava para o Brasil degredos não cumpridos na África. Decreto de 23.set.1650 declara que o Estado do Maranhão deve reputar-se Brasil para fins de "irem para ali degredados que o possam povoar". Novo decreto, de 13.dez.1685, deslocará degredados da África para Maranhão e Brasil. Finalmente, em 1722, é proibido o degredo para o Brasil (28.mar). Cabe observar que as mulheres, cujo degredo brasileiro fora autorizado por assento de 30.ago.1614, tiveram seu destino trocado para Cabo Verde e S. Tomé por carta régia de 20.out.1620. É curioso que em 1732 uma lei proibisse que mulheres fossem do Brasil para Portugal, mesmo destinando-se a ordens religiosas, sem licença real (cf. Lopes Ferreira, Manoel, Pratica Criminal, Porto, 1767, ed. A.A.R. Guimarães, p. 556).

cipalmente no âmbito privado[147]. Além de constituir uma tradição ibérica, essa *continuidade público-privado*[148] se beneficiava, em primeiro lugar, da incipiente e lerda implantação das burocracias estatais no Brasil colonial (ainda assim, atreladas aos ciclos produtivos e à tutela do monopólio); em segundo lugar, do escravismo, inexoravelmente[149] acompanhado de um direito penal doméstico; e, em terceiro lugar, do emprego de resquícios organizativos feudais ao início do esforço de ocupação (capitanias hereditárias[150]): na reminiscência feudal sobrevive a superposição entre o eixo jurídico privado (*dominium*) e o público (*imperium*). Compreende-se assim a opinião de Bezerra Câmara, para quem a legislação portuguesa era "inaplicável às questões emergentes", uma vez que "cada lugar-tenente, cada potentado punha e dispunha como bem entendia"[151].

2. O primeiro conflito "criminal" relatado em terras brasileiras passou-se em 25 de agosto de 1501, numa praia situada na atual Natal (RN), quando umas mulheres índias abateram, assaram e comeram um tripulante da primeira viagem portuguesa de Américo Vespúcio. Não houve represália, e eis como Vespúcio o narrou: "Mais de quarenta dos nossos tinham intenção de desembarcar e *vingar* uma tão cruel morte e *um ato bestial e desumano*, mas o capitão-mor não quis permitir"[152]. Cabe registrar que a extração do *pau-brasil*, a primeira atividade econômica exercida no processo de colonização, resultará, já na segunda metade do século XVI, na exportação que Portugal fará à Holanda da madeira corante, empregada naquela que é considerada, ao lado das "*workhouses*" inglesas, uma das instituições precursoras da prisão moderna, a "*Rasp-huis*" de Amsterdam[153].

[147] Gizlene Neder frisa que, no mercantilismo, o controle social penal "era realizado dentro da unidade de produção" (Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro – Obediência e Submissão, Rio, 2000, ed. F. Bastos, p. 182).

[148] Batista, Nilo, Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro, Rio, 2000, ed. F. Bastos, pp. 126 ss. Graça Salgado assinala que a forma de organização sócioeconômica colonial refratou a legislação da metrópole, modelando "um padrão especial de poder, onde o público e o privado se mesclaram" (Fiscais e Meirinhos, Rio, 1985, ed. N. Fronteira, p. 48).

[149] Como observou Marx, "a única base natural da riqueza colonial é a escravatura" (O Capital, trad. R. Sant'Anna, Rio, 1980, ed. Civ. Bras., livro 1°, v. II, p. 887).

[150] Antônio Carlos Wolkmer vê no regime das capitanias hereditárias "uma prática político-administrativa tipicamente feudal" (História do Direito no Brasil, Rio, 1998, ed. Forense, p. 47); Vicente da Costa Santos Tapajós assinala "semelhanças com o feudalismo" (A Política Administrativa de D. João III, 2° vol. da História Administrativa do Brasil, Brasília, 1983, ed. UnB, p. 29).

[151] Subsídios para a História do Direito Pátrio, Rio, 1973, ed. Brasiliana, t. I, p. 159. Referindo-se às Ordenações Afonsinas e Manuelinas, Fragoso anotava ter sido "muito duvidosa sua aplicação" na colônia (Lições, P. G., cit., p. 59).

[152] Cf. Fontana, Riccardo, O Brasil de Américo Vespúcio, trad. E.A. Cunha e J.P. Mendes, Brasília, 1994, ed. UnB, p. 174; ressaltamos, em itálico, palavras que atravessariam ilesas o meio milênio que delas nos separam.

[153] Para a *Rasp-huis*, cf. Melossi, D. e Pavarini, M., *Cárcel y Fábrica – los Orígenes del Sistema Penitenciario*, trad. X. Massimo, México, 1980, ed. Sig. XXI, pp. 35 ss; para a participação nela do pau-brasil, cf. Hulsman, Lodewijk, Het Rasphuis – A prisão do pau-brasil, *in* Continente Multicultural, pp. 34ss.

3. As Ordenações Afonsinas[154], em cuja vigência (1447-1521) se deu a descoberta do Brasil, não tiveram qualquer influência na nova colônia. Trata-se de uma compilação de regimentos, concordatas e leis régias anteriores (só o primeiro dos cinco livros – divisão talvez inspirada nas Decretais de Gregório IX – ostentava dispositivos novos), que naquela ocasião disputavam autoridade e competência com o direito canônico, com o direito romano (cujas regras são ali denominadas "leis imperiais") e com os direitos locais, aqueles forais outorgados a distritos ou concelhos por senhores ou pelo próprio rei, cuja intangibilidade se reduzia desde a crise do feudalismo no século XIV. A matéria criminal se compendiava, ainda que não exclusivamente[155], no livro V; além da influência canônica (o título I trata dos hereges, e diversos títulos criminalizam a sexualidade segundo padrões canônicos) e romana (nas "forças novas demandadas antes do ano e dia" do título LXVIIII ressoa o *interdictum unde vi*), estão presentes traços germânicos (como os gritos nas ruas que habilitavam a mulher forçada a querelar, no título VI), provenientes do processo histórico inaugurado com o reino visigótico. A cominação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura (V, LXXXVII, 4), a ampla criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação. A reforma das Ordenações Afonsinas, iniciada em 1505, culmina com a impressão, em 1521, no reinado de D. Manuel, das Ordenações portanto Manuelinas[156], que se limitam a recolher e incluir novas leis e a pequenas alterações topológicas na disposição dos textos[157]. Nas delegações de jurisdição penal que os soberanos portugueses fizeram, especialmente na primeira metade do século XVI, a autoridades colonizadoras, segundo um modelo com evidentes traços feudais, estavam sem dúvida presentes as estruturas burocráticas desenhadas nas Ordenações (ouvidores, tabeliães, meirinhos etc.), porém na prática o poder punitivo era exercido desregulada e privadamente.

[154] Ordenações Afonsinas, Lisboa, 1984, ed. F.C. Gulbenkian, 5 vols. Trata-se de reprodução *fac-simile* da primeira impressão do texto, realizada em 1792 pela Universidade de Coimbra.

[155] Por exemplo, o artigo – resultante das cortes de Évora – no qual se determina que os vadios, que "não hão mister algum, nem vivem com senhores, e é de presumir-se que vivem de mal fazer" sejam encarcerados até que obtenham ocupação, e se retornarem ao ócio "que os açoutem publicamente" (Livro IV, tit. XXXIIII).

[156] Ordenações Manuelinas, Lisboa, 1984, F.C. Gulbenkian, 5 vols. Trata-se também de reprodução *fac-simile* da edição universitária conimbrense de 1797.

[157] Referindo-se às Manuelinas, Coelho da Rocha dizia que "a divisão da obra, o sistema, o espírito e princípios gerais da legislação são os mesmos" (das Afonsinas); "unicamente lhes inseriram as novas providências, e alterações, que no intervalo entre uma e outra compilação haviam sido publicadas" (Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal, Coimbra, 1843, ed. Un. Coimbra, p. 131).

4. Pela *Carta de Grandes Poderes* que D. João III outorgou a Martim Afonso de Souza, em 1530, atribuindo-lhe "todo poder e alçada, mero e misto império, assim no cível como no crime", podia ele aplicar penas "conforme a direito e minhas ordenações até morte natural inclusive, sem de suas sentenças dar apelação nem agravo", salvo quanto a fidalgos, os quais "prenderá e mos enviará presos com os autos de sua culpa". Paralelamente, Martim Afonso de Souza recebia poderes para desde logo "criar e fazer dois tabeliães", sem embargo de outros que se fizessem necessários para prover "os ofícios da justiça e governança da terra". A Duarte Coelho, capitão-donatário do futuro Pernambuco, conferiu o mesmo monarca, em 1534, a "jurisdição cível e crime da dita terra", facultando-lhe nomear um ouvidor que a exerceria diretamente num raio de "dez léguas donde estiver" e como instância recursal em toda a capitania (o texto menciona "juízes" que, quando viessem a existir, seriam por certo os juízes ordinários, eleitos anualmente pelos "homens bons" dos conselhos municipais, e confirmados, no caso, pelo donatário); a alçada criminal abrangia a pena de "morte natural inclusive em escravos, gentios e peões homens livres", sem apelação nem agravo, salvo quanto às "pessoas de mór qualidade", quando se restringiria a degredo por dez anos e multa até cem cruzados. Contudo, nos *crimina atrociora* da época (heresia, traição, sodomia e moeda falsa) tal restrição não se aplicava. O donatário providenciaria "meirinho dante o dito seu ouvidor e escrivães e outros quaisquer ofícios necessários e acostumados nestes Reinos"[158]. Constata-se, pois, que até a expedição pioneira de Martim Afonso de Souza, nenhum provimento legislativo aplicável a conflitos criminalizados porventura ocorrentes na colônia foi expedido, o que levou César Trípoli a afirmar que "até 1531 (...) não houve leis no Brasil"[159]. Regiam então, já havia uma década, as Manuelinas, razão pela qual constitui um equívoco a recorrente afirmação de que as Ordenações Afonsinas foram as primeiras leis vigentes no Brasil colonial. A predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desregulamentadamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura. Em 1591, um senhor confessa ao visitador do santo ofício na Bahia ter ordenado que uma negra fosse lançada na fornalha do engenho[160]. Em 1700, o jesuíta Jorge Benci publicou na Bahia um livro no qual, omitindo "outros castigos ainda mais inumanos que os ciúmes do senhor ou da senhora fazem executar nos escravos", indagava se seria "castigo racionável queimar ou atanazar com lacre aos servos; cortar-lhes as orelhas ou os narizes; marcá-los nos peitos e ainda na cara;

[158] Para a Carta de Grandes Poderes e a Carta Donatária, cf. Ribeiro, Darcy e Moreira Neto, C.A., A Fundação do Brasil, Petrópolis, 1992, ed. Vozes, pp. 136 ss; para os juízes ordinários, Coelho da Rocha, *op. cit.*, p. 122.

[159] História do Direito Brasileiro, S. Paulo, 1936, ed. RT, v. I, p. 79. No mesmo sentido Pierangeli, José Henrique, Códigos Penais do Brasil, S. Paulo, 2001, ed. RT, p. 61.

[160] Vainfas, Ronaldo (org.), Confissões da Bahia, S. Paulo, 1997, ed. Cia. das Letras, p. 65. Importa ressaltar que tal fato não desperta qualquer reação no visitador, interessado apenas num culto sertanejo herético.

abrasar-lhes os beiços e a boca com tições ardentes"[161]. A obra de outro jesuíta, André João Antonil, de 1711, exprobava aos senhores "castigar com ímpeto, com ânimo vingativo, por mão própria e com instrumentos terríveis e chegar talvez aos pobres (escravos) com fogo ou lacre ardente, ou marcá-los na cara"[162]. Quando Gilberto Freyre estudou os anúncios sobre escravos na imprensa brasileira do século XIX, a permanência dessas práticas se revelavam em "cicatrizes de açoites e de ferro quente", em "dentes limados", em feridas provenientes de "anjinho", de tronco, de corrente no pescoço, de ferro nos pés, de lubambo no tornozelo" ou ainda "queimaduras na barriga"[163]. A situação jurídica dos índios[164], conquanto muito mais regulamentada[165] e de certa forma pendular, no que pertine à necessidade do braço escravo, à dos negros, não os afasta de intervenções punitivas segundo os mesmos padrões. O caso do índio aldeado que em 1552 morreu quando era submetido a açoites, relatado por Serafim Leite em sua História da Companhia de Jesus no Brasil, dado pela historiografia como excepcional[166], é ao contrário muito sugestivo quanto às práticas punitivas reservadas aos membros de nações indígenas que resistissem ao empreendimento colo-

[161] Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos, S. Paulo, 1977, ed. Grijalbo, p. 156. Mencionando que "por pouco mais de nada chegaram alguns (senhores) a lançar vivos nas fornalhas os seus escravos" (p. 159), Benci argumentava que o senhor que "queira que lhe dê" (ao escravo) a pena de morte deve entregá-lo à Justiça, para que conhecendo da causa o castigue conforme o merecimento de suas culpas" (p. 166). O divórcio entre práticas penais e textos de lei avulta ao constatarmos que uma determinação régia de 27.fev.1523 revogara parcialmente o título XXXVII do livro V das Ordenações Manuelinas, precisamente na parte que impunha aos ladrões de baixa extração social a pena de serem "ferrados no rosto com um ferro que tenha uma forca".

[162] Cultura e Opulência do Brasil, B. Horizonte, 1982, ed. Itatiaia, p. 92.

[163] O Escravo nos Anúncios de Jornais Brasileiros do Século XIX, S. Paulo, 1979, ed. Nacional, pp. 121 ss. Da ampla bibliografia sobre os castigos dos escravos, cf. Ramos, Arthur, Castigos de Escravos, *in* Rev. Arq. Mun. S. Paulo, v. 47, pp. 79 ss.; Figueiredo, Ariosvaldo, O Negro e a Violência do Branco, Rio, 1977, ed. J. Álvaro; Goulart, José Alípio, Da Palmatória ao Patíbulo, Rio, 1971, ed. Conquista.

[164] Refoge a nosso objeto o interessante tema dos costumes penais dos próprios índios, menosprezado pela literatura jurídica brasileira: cf. Bevilacqua, Clovis, Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista, em Criminologia e Direito, Bahia, 1896, ed. Liv. Magalhães, pp. 221 ss; Bernardino Gonzaga, João, O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil, S. Paulo, s.d., ed. M. Limonad; Batista, Nilo, Práticas Penais no Direito Indígena, em RDP 31, pp. 75 ss.

[165] Deve-se a Beatriz Perrone-Moisés um valioso inventário da legislação indigenista entre 1500 e 1800, publicado em Carneiro da Cunha, Manuela (org.) História dos Índios no Brasil, S. Paulo, 1992, ed. Cia. das Letras, pp. 529 ss. Caberia acrescentar algumas leis que se referem aos índios brasileiros recolhidas na *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, de Carlos II (1681), outorgando liberdade a índios do Brasil (1556) ou do Maranhão despachados como escravos (1629), e determinando "*que se procure castigar a los que de la Villa de San Pablo del Brasil van a cautivar Indios del Paraguay*" (L. VI, T. II, leis 4, 5 e 6; na publicação *fac-símile* de Madri, 1973, ed. Cult. Hispanica, t. II, p. 195). Para o século XIX, cf. Carneiro da Cunha, Manuela (org.) Legislação Indigenista do Século XIX, S. Paulo, 1992, ed. Edusp.

[166] Cf. Assis Ribeiro, C.J., História do Direito Penal Brasileiro, Rio, ed. Z. Valverde, v. I, p. 111.

nizador, para o qual, como observou Caio Prado Júnior, a "caça ao índio" foi elemento fundamental na expansão das fronteiras[167]. A partir do critério estabelecido por Perrone-Moisés, torna-se compreensível o emaranhado aparentemente contraditório da legislação indigenista, essencialmente dividido em leis *sobre* os "índios amigos" e leis *contra* o "gentio bravo"[168]: se para os primeiros poderemos encontrar, já nas missões setentrionais do século XVII, uma atenuação dos castigos radicada no olhar medicinal-evangelizador, que em certas aldeias extrairia as normas penais do Livro de Ordens[169], para os segundos, numa linha que já estava explicitamente formulada no Regimento de Tomé de Souza[170], a mais brutal escravização[171] constitui o primeiro expediente jurídico do inexorável processo histórico de seu genocídio.

5. Um modelo jurisdicional feudal, tal como o das capitanias hereditárias[172], estava por certo na contramão do processo histórico de constituição dos estados nacionais, ao qual corresponde um represamento centralizado de poder punitivo. Se o governo geral, de 1549, já representava, como disse Capistrano de Abreu, um "novo regime"[173], mesmo antes dele uma provisão régia, de 1538, revogava aquela competência das dez léguas dos ouvidores dos donatários, e em 1557 não só tornava-se obrigatória a apelação de conde-

[167] História Econômica do Brasil, S. Paulo, 1973, ed. Brasiliense, p. 36; sobre o aspecto, cf. Max Justo Guedes, As Bandeiras Ignoram o Tratado de Tordesilhas e Ampliam o Espaço Geográfico Brasileiro, em Nação e Defesa, 70, pp. 3 ss.

[168] Índios Livres e Índios Escravos – os princípios da legislação indigenista do período colonial, em Carneiro da Cunha, M., História dos Índios no Brasil, cit., pp. 115 ss.

[169] Do Livro de Ordens, que proibia a vingança privada e limitava o número de açoites, tratou Kern, Arno Alvarez, Missões – Uma Utopia Política, P. Alegre, 1982, ed. Mercado Aberto; coube a Antônio Carlos Wolkmer incorporar tal pesquisa à historiografia jurídica brasileira (História do Direito no Brasil, cit., p. 54). Cf. ainda Ruschel, Ruy Ruben, Sistema Jurídico dos Povos Missionários, em Wolkmer. A.C. (org.), Direito e Justiça na América Indígena, P. Alegre, 1998, ed. Liv. Adv., pp. 183 ss.

[170] Do regimento de Tomé de Souza, primeiro governador-geral do Brasil (1549), constam poderes para que respondesse às hostilidades de algumas nações indígenas "destruindo-lhes suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para o seu castigo" (cf. Ribeiro, Darcy e Moreira Neto, C.A., A Fundação do Brasil, cit., p. 137).

[171] Aos capitães-donatários, um quarto de século antes do primeiro governador-geral, era já facultada a escravização de índios e a venda de certo número deles em Lisboa. Sobre os estratagemas usados na empreitada de cativar índios, cf. Albuquerque, Manoel Maurício de, Pequena História da Formação Social Brasileira, Rio, 1981, ed. Graal, pp. 29 ss. Sobre a legislação da escravização dos índios, cf. Perdigão Malheiros, *A Escravidão no Brasil*, Petrópolis, ed. Vozes, v. I, pp.149 ss.

[172] Na carta donatária de Duarte Coelho, determinava D. João III que "nas terras da dita capitania não entrem nem possam entrar em tempo algum corregedor nem alçada nem outras algumas justiças para nelas usar de jurisdição alguma por nenhuma via nem modo que seja".

[173] *Op. cit.*, p. 74. Frei Vicente de Salvador assinala a redução nos poderes jurisdicionais dos capitães donatários ocorrida nessa ocasião, com a criação do ouvidor-geral (História do Brasil, B. Horizonte, 1982, ed. Itatiaia, p. 143).

nações à morte de pobres ("peões cristãos homens livres") como afirmava o rei que "havia por bem de mandar a elas (às capitanias) corregedor e alçada quando lhe parecesse necessário e cumprisse a seu serviço, sem embargo das ditas cláusulas das ditas doações". Não foi o promotor de justiça, já previsto nas Manuelinas[174], o grande agente político dessa acumulação de poder punitivo, senão o juiz de fora, de nomeação real, sobrepondo-se ao juiz ordinário eletivo; seu sucesso no reino remendou sua utilização no Brasil, a partir do final do século XVII[175]. O fato é que, mesmo culminando no século XVIII, com a compra das escassas capitanias ainda subsistentes na década de 1760, ou com o fim dos coutos (então restritos a formas quase assimiláveis ao asilo eclesiástico) em 1790, um processo de centralização de poder – sobre o qual já depunha a reforma manuelina dos forais, na segunda década do século XVI – estava em curso e deixou as suas marcas.

6. Diversamente das Afonsinas, que não existiram para o Brasil, e das Manuelinas, que não passaram de referência burocrática, casual e distante em face das práticas penais concretas acima noticiadas, as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica. A vigência das Filipinas, em matéria penal, avançou mesmo alguns anos sobre o próprio estado nacional brasileiro, até a promulgação do código criminal de 1830, com os limites e alterações decorrentes da nova ordem constitucional e de algumas leis penais editadas naquele período; quanto aos assuntos de direito privado, inúmeras disposições suas regeram até 1° de janeiro de 1917, quando entrou em vigor nosso Código Civil. Publicadas em 1603, durante a união ibérica[176], por Felipe III (II de Portugal), representavam um novo esforço de atualização e consolidação da legislação extravante, iniciado por ordem de Felipe II (I de Portugal) em 1595. Seus autores (Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo) bene-

[174] Ord. Man. I, XXXIV.

[175] Para Graça Salgado, "a medida significou a mais direta interferência metropolitana na instância judicial menor da colônia" (*op. cit.*, p. 80); para Caio Prado Júnior, "um dos maiores golpes desferidos nas franquias locais" (*op. cit.*, p. 52).

[176] A aprovação real data de 11 de janeiro de 1603. Terminada a união ibérica, com a aclamação do duque de Bragança em 1° de dezembro de 1640, o agora rei D. João IV, por lei de 29 de janeiro de 1643, conhecida por lei de confirmação, houve "por bem (...) revalidar, confirmar, promulgar, e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das Ordenações, e Leis, que neles andam se cumpram, e guardem (...) como se por mim novamente fossem feitas, e ordenadas, promulgadas e estabelecidas". Por privilégio real, as primeiras edições das Ordenações Filipinas tocaram ao mosteiro de S. Vicente de Fora (o trabalho gráfico da edição *princeps* foi de Pedro Crasbeeck), sendo designadas por edições *vicentinas*; em 1773, um alvará régio pombalino transferiu o encargo para a Universidade de Coimbra; nasciam as edições *conimbrenses*, nas quais estudariam os juristas brasileiros.

ficiaram-se de uma coletânea elaborada por Duarte Nunes do Leão em 1569[177]. A matéria penal concentrava-se no Livro V, que reproduzia, com as alterações intercorrentes, a mesma estrutura básica das Afonsinas; pode-se contudo afirmar que à ferocidade dos textos não correspondia uma implacável aplicação judicial massiva, que em todo caso será maior no século XVIII do que nos antecedentes[178]. Quando, em 1609, concretizou-se a criação do tribunal da Relação do Estado do Brasil, com sede em Salvador, determinou-se que seu chanceler trouxesse três exemplares das Ordenações Filipinas[179]. É significativo que a instalação do tribunal tenha desagradado à classe senhorial mercantil, que contra ele formulou representações à corte[180]; dos motivos da insatisfação da oligarquia açucareira certamente participaram receios, fundados ou não, de perda de poder punitivo privado, ainda que o fechamento da Relação, em 1626, costume ser atribuído à economia da guerra contra a invasão holandesa. Três ouvidores-gerais (Estado do Brasil, Repartição do Sul e Estado do Maranhão) subordinados diretamente à Casa da Suplicação centralizaram a administração judicial na colônia até a reabertura da Relação, em 1652; após essa data, apenas a Ouvidoria-geral do Estado do Maranhão, por maiores facilidades de comunicação com a corte que com a Bahia, manteve seu nível jurisdicional. Em

[177] Leis Extravagantes Collegidas e Relatadas pelo Licenciado Duarte Nunes do Liam, per Mandado do muito Alto & muito Poderoso Rei Dom Sebastiam, nosso Senhor, Lisboa, 1569, ed. A. Gonçalves. As leis penais posteriores às Manuelinas foram recolhidas na Parte IV (dos delitos e acessórios a eles), em 23 títulos.

[178] Num escrito luminoso (A Punição e a Graça, *in* Mattoso, José – org. – História de Portugal, 1993, ed. Estampa, v. IV, pp. 239 ss), Antonio Manuel Hespanha desvenda "o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime (...): de *ameaçar sem cumprir*; de se fazer *temer*, ameaçando; de se fazer *amar*, não cumprindo" (p. 244). Trabalhando sobre uma fonte de 1694, uma relação de 454 encarcerados em Lisboa, constatou que a 72% deles poderia (a 38% *deveria*) ser aplicada a pena de morte, enquanto que isto efetivamente ocorreu a 1% (3 homicidas). Hespanha menciona o esforço de alguns juristas para interpretar o sinistro estribilho das Ordenações ("*morra por ello*", originado, como Mello Freire lembraria, do *moriatur pro eo* da legislação mosaica vertida ao latim) como degredo perpétuo cumulado com perdimento de bens, valendo-se da distinção morte civil – morte natural, opinião que naturalmente não podia prevalecer porquanto uma abolição geral de múltiplas cominações da pena de morte comprometeria aquela política criminal de dupla face. Coube ao brasileiro Alexandre de Gusmão a redação de uma carta régia, a 20 de janeiro de 1745, pela qual D. João V adverte o Corregedor do Crime de Lisboa de que "as leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego, e nunca devem ser executadas com aceleração, e nos casos crime sempre ameaçam mais do que na realidade mandam, devendo os executores delas modificá-las em tudo o que lhes for possível, porque o legislador é mais empenhado na conservação dos vassalos do que nos castigos da justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor do que elas impõem"; seu teor confirma a ambiguidade vislumbrada por Hespanha.

[179] Regimento de 7 de março de 1609. O tribunal fôra criado em 1587, porém não se instalara porquanto apenas três dos desembargadores nomeados lograram chegar à Bahia. Cf. Figueiredo Dias, Jorge, A Relação do Estado do Brasil e o Direito Português, *in* Forum Int. de Dir. Pen. Comp., Salvador, 1989, ed. TJBA, pp. 27 ss; Graça Salgado, *op. cit.*, pp. 76 ss.

[180] Graça Salgado, *op. cit.*, p. 78.

1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro. Muitos juízes de fora já exerciam suas funções na colônia, a essa altura, e a partir de 1765 promoveu-se a instalação de Juntas de Justiça nas cidades onde residissem os remanescentes ouvidores das capitanias. A burocracia necessária à aplicação das Ordenações Filipinas estava agora alojada e ativa, e seus anelos por autonomia perante o poder local encontram explicável ressonância[181]. As Ordenações Filipinas – sempre ressalvado o sistema penal doméstico senhorial – passam a constituir a referência central, escrita, da programação criminalizante, e desde a metade do século XVII se determinara que "daqui em diante não possam servir de juízes senão pessoas que saibam ler e escrever"[182]. Uma profusão de normas penais, dispersas por alvarás, regimentos, decretos, cartas-régias e mesmo assentos da Casa da Suplicação[183] regiam paralelamente ao Livro V das Ordenações Filipinas, cujo texto era menos usualmente alterado por alguma delas[184].

7. Em 17 de dezembro de 1531, cedendo a insistentes gestões de D. João III, o papa Clemente VII nomeia inquisidor para Portugal[185]. A iniciativa, concentradora de um poder punitivo que a partir de 1560, com a introdução do confisco de bens, seria altamente rendosa, daria origem a uma nova programação criminalizante que, mesmo se beneficiando de normas recebidas pelo direito régio desde a inquisição medieval, vai se materializar num corpo próprio e multifário, do qual fazem parte, entre outros textos, as instruções de 1541, a nova bula de 1547, o regimento de 1552, um breve do papa Pio V de 1560, o regimento do Conselho Geral de 1570, os repertórios de 1596 e 1634, o novo regimento de 1640 e o último, pombalino, de 1774, já "decadente", na proscrição do segredo e na crítica à tortura. Essa outra programação criminalizante interveio no Brasil colonial. O primeiro caso envolveu o donatário de Porto Seguro[186]. A primeira

[181] No regimento de 17 de julho de 1643, da Ouvidoria-geral do Brasil, vedava-se ao Governador Geral intervir nos assuntos forenses; em 1712, carta-régia de D. João V reafirmava o mesmo princípio.

[182] Alvará de 13 de novembro de 1642.

[183] Sobre a prática, de origem manuelina, de equiparar-se a lei certos arestos da Casa da Suplicação, cf. Bezerra Câmara, Assentos com força de lei, *in* Subsídios, cit., v. II, pp. 167 ss.

[184] Tomemos dois exemplos, do mesmo ano, 1756. A lei de 24 de janeiro, que impunha a pena de 1.000 açoites, executada em 10 dias, aos escravos que no Brasil fossem achados com faca, permaneceu extravagante; o alvará de 13 de novembro, sobre crimes falimentares ("mercadores que quebram e se levantam com fazenda alheia") integrou-se parcialmente às Ordenações Filipinas (Livro V, tit. LXVI). Para o texto integral, cf. Lopes Ferreira, Manoel, Prática Criminal, cit., p. 609. Um precioso repertório de leis extravagantes, de 1143 a 1805, em apêndice a Pereira e Souza, Joaquim José Caetano, Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, Lisboa, 1806, ed. Lacerdina.

[185] O nomeado, Diogo da Silva, fora indicado pelo rei. Cf. Herculano, Alexandre, História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal, Mira-Sintra, s/d, ed. Europa-América, v. I, pp. 124 ss; Bethencourt, Francisco, História das Inquisições, S. Paulo, 2000, Cia. das Letras, pp. 44 ss; Novinsky, Anita, A Inquisição, S. Paulo, 1986, ed. Brasiliense.

[186] Cf. Britto, Rossana G., A Saga de Pero do Campo Tourinho, Petrópolis, 2000, ed. Vozes.

visitação se deu na Bahia (1591) e Pernambuco (1594); a segunda, em 1618, novamente na Bahia; e a terceira, em 1763, no Pará[187]. Além das visitações, muitas inquirições foram realizadas nesses e em outros lugares, como o Rio de Janeiro, a Paraíba e o Maranhão[188]. A inquisição também aplicou a pena de degredo para o Brasil[189]. Desse modo, embora não tenha o Brasil colonial – ao contrário do Peru, de Cartagena (Colômbia) e do México – sediado um tribunal da inquisição, os tentáculos do santo ofício manobraram intensamente por aqui, e qualquer estudo de nossas práticas processuais penais que aspire a transcender dos textos para as mentalidades não pode ignorar esse legado silente mas profuso. É importante ainda registrar que, em determinado período do século XVII, uma boa porção do território brasileiro, de Sergipe ao Maranhão, observou a programação criminalizante e a organização judiciária holandesas. A conquista batava de Pernambuco representou a concretização da proposta de Grócio em seu *Mare Liberum*[190] – em pleno choque econômico, geopolítico e religioso com os interesses ibéricos – e traz a hoje inquietante marca de ter sido uma aventura política planificada e gerida por uma sociedade mercantil privada, a Companhia Privilegiada das Índias Ocidentais. Particularmente no período nassoviano (1637-1644) encontramos uma estrutura judicial completamente distinta: escoltetos (com funções policiais e acusatórias públicas), conselhos de escabinos (tribunais municipais, com um máximo de quatro membros, holandeses e portugueses, anualmente escolhidos), o Conselho Público (que o regulamento de 23.ago.1636 converteu em tribunal de apelações interpostas das decisões dos escabinos) e o Alto Conselho, presidido pelo próprio governador. Nassau teria interferido sobre o poder punitivo doméstico, reivindicando a exclusiva aplicação das penas de marca a ferro, mutilações e morte nos escravos, preservadas para os senhores o chicote, o tronco e as correntes no pescoço e nas pernas[191].

[187] Vainfas, Ronaldo (org.), Confissões da Bahia, S. Paulo, 1997, ed. Cia. das Letras; Amaral Lapa (org.), Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão-Pará, Petrópolis, 1978, ed. Vozes.

[188] Da ampla bibliografia se destacam, exemplificativamente, Novinsky, Anita, Cristãos Novos na Bahia, S. Paulo, 1972, ed. Perspectiva; Ferreira da Silva, Lina G., Heréticos e Impuros, Rio, 1995, col. Biblioteca Carioca; Vainfas, Ronaldo, A Heresia dos Índios, S. Paulo, 1995, ed. Cia das Letras; Freire Gomes, Plínio, Um Hereje vai ao Paraíso, S. Paulo, 1997, ed. Cia. das Letras; Mello e Souza, Laura, O Diabo e a Terra de Santa Cruz, S. Paulo, 1986, ed. Cia. das Letras. Para o caso de Antônio José da Silva, cf. Dines, Alberto, Vínculos do Fogo, S. Paulo, 1992, ed. Cia. das Letras; para o caso de Vieira, cf. Muhana, Adma (org.), Os Autos do Processo de Vieira na Inquisição, S. Paulo, 1995, ed. Unesp e ainda Vieira, Antônio, De Profecia e Inquisição, Brasília, 1998, ed. Senado Federal.

[189] Pieroni, Geraldo, Os Excluídos do Reino, Brasília, 2000, ed. UnB.

[190] A observação é de Joaquim Ribeiro, Administração do Brasil Holandês, *in* História Administrativa do Brasil, cit., v. 3, p. 323.

[191] Gonsalves de Mello Neto, J.A., Tempo dos Flamengos – Influência da Ocupação Holandesa na Vida e na Cultura do Norte do Brasil, Rio, 1947, ed. J. Olympio, p. 159; Rebello Pinho, Ruy, História do Direito Penal Brasileiro – Período Colonial, S. Paulo, 1973, ed. J. Bushatsky, pp. 109 ss.

8. Na segunda metade do século XVIII instala-se o conflito entre o capitalismo mercantil de estado e o nascente capitalismo industrial, cujos interesses se opõem aos monopólios – que na legislação penal são ardentemente protegidos pelo contrabando[192] –, ao trabalho escravo e às colônias fechadas para o livre comércio. A ascensão revolucionária da burguesia, especialmente na França, produzirá princípios políticos em tudo opostos ao absolutismo. Inscrevem-se naquele conflito os sucessos europeus que trarão ao Brasil, em 1808, a família real e a administração superior portuguesa, e a abertura dos portos (ainda que decretada em caráter provisório, mas historicamente irreversível) não por acaso constituiu seu primeiro ato, praticado em escala na Bahia, antes mesmo de chegar ao Rio de Janeiro. Com raízes na baixa idade média, porém ajustadas ao capitalismo mercantil monárquico lusitano, as Ordenações Filipinas serão confirmadas pela Assembleia Constituinte do Brasil, já após a independência, "enquanto se não organizar um novo código ou não forem especialmente alteradas"[193], e passam a conviver com as primeiras leis penais genuinamente brasileiras. Neste período, observa-se por vezes uma correspondência entre provisões adotadas na metrópole e na nova sede da corte, ou mesmo na nova nação. Se em 1756 D. José, sabedor de que "no estado do Brasil continuavam os mulatos e pretos escravos a usar de facas e mais armas proibidas", impõe-lhes a pena de cem açoites por dez dias alternados, um edital de polícia, no Rio de 1816, cominava para a mesma infração a pena de trezentos açoites mais três meses de trabalho em obras públicas[194]. Analogamente, se em 1821 as Cortes Gerais Extraordinárias e Constitucionais da Nação Portuguesa extinguiram as devassas gerais sobre delitos incertos – um legado da *inquisitio generalis*, que se revelara tão útil ao antigo regime –, em 1828 uma decisão de governo (nº 148, de 6.out.1828) também as proibiu por aqui[195]. As razões de algumas leis penais deste período são facilmente identificáveis. Conhecido o fato de que lojas maçônicas discutiam e veiculavam ideias liberais[196], explica-se o alvará de D. João VI, de 30 de março de 1818, proibindo as sociedades secretas e tornando

[192] Alvará de 14 de novembro de 1757 dizia do delito de contrabando ser "hum dos mais perniciosos entre os que infectam os estados, e dos que se fazem na sociedade civil mais odiosos; porque, tendo a vileza do furto, não só é cometido contra o erário régio, e contra o público do Reino, onde é perpetrado, mas também quando grassa em geral prejuízo do comércio, é a ruína do mesmo comércio".

[193] Decreto de 27.set.1823, sancionado e publicado em 20.out.1823, art. 1º.

[194] Cf. Lopes Ferreira, Manoel, Pratica Criminal, cit., p. 607; Holloway, Thomas H., Polícia no Rio de Janeiro, trad. F.C. Azevedo, Rio, 1997, ed. F. Getúlio Vargas, p. 55.

[195] Cf. Romeiro, Jorge Alberto, Da Ação Penal, Rio, 1949, ed. Forense, p. 73; Pierangeli, José Henrique, Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas, Bauru, 1983, ed. Jalovi, p. 93. A proibição de devassas gerais sobre delitos incertos tem sido frequentemente violada por certas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos dias que correm.

[196] Emília Viotti da Costa, Introdução ao Estudo da Emancipação Política do Brasil, em Brasil em Perspectiva, cit., p. 88. O fato de que "alguns indivíduos (...) falavam nos

inafiançável o delito de delas participar (da mesma forma se negaria fiança a salteadores mediante a decisão de governo nº 58, de 26.fev.1824); por lei de 20 de outubro de 1823, a Assembleia Constituinte revogou o alvará joanino. O intenso debate político através da recém-nascida imprensa brasileira responde pelo contraditório conjunto dos atos legislativos que disciplinaram a matéria[197]. Editam-se paralelamente leis penais gerais, sobre prisão (dec. de 23.mai.1821), processo (dec. de 17.abr.1824, leis de 23.set.1828 e 22.set.1829), graça (decs. de 6.fev.1818, 20.mar.1821, 23.mar.1822 e, já na nova ordem constitucional, lei de 11.set.1826). Merece menção especial a portaria de 10 de abril de 1822, pela qual José Bonifácio criou dois cargos de ajudantes de Intendente Geral de Polícia "com a atribuição explícita de vigiar as pessoas, cercar casas e clubes políticos e prender os suspeitos"[198]. Por lei de 11 de agosto 1827, Pedro I criou "dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda"[199]. O Supremo Tribunal de Justiça, previsto na Constituição de 1824, foi organizado por lei de 16 de setembro de 1828, instalando-se em 9 de janeiro de 1829. As garantias individuais previstas nos incisos do artigo 179 da Constituição de 1824 – entre as quais a liberdade de manifestação do pensamento, a proscrição de perseguições religiosas, a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, as formalidades exigidas para a prisão, a reserva legal, o devido processo, a abolição de penas cruéis e da tortura, a intransmissibilidade das penas, o direito de petição, a abolição de privilégios e foro privilegiado[200] – colidem abertamente com inúmeras disposi-

negócios públicos da Europa, louvando e aprovando o sistema da rebelião da nação francesa e dando por este modo a conhecer o veneno de que seus ânimos se achavam contaminados" motivara o Conde de Resende, em 1794, a determinar uma devassa no Rio (Autos da Devassa – A Prisão dos Letrados no Rio de Janeiro, Rio, 1994, ed. Arq. Pub. RJ, p. 37).

[197] Entre outros, decretos de 2.mar.1821, de 18.jun.1822 e de 22.nov.1823; decisão nº 160, de 21.jul.1825; decreto de 12.set.1828; leis de 30.ago.1829 e 20.set.1830. Para os debates, cf. Nelson Werneck Sodré, A História da Imprensa no Brasil, Rio, 1966, ed. Liv. Bras., pp. 50 ss.; Isabel Lustosa, Insultos Impressos, S. Paulo, 2000, ed. Cia. das Letras.

[198] Hamilton de Mattos Monteiro, Da Independência à Vitória da Ordem, em Maria Yedda Linhares (org.) História Geral do Brasil, cit., p. 118.

[199] Alberto Venâncio Filho, Das Arcadas ao Bacharelismo, S. Paulo, s/d, ed. Perspectiva; Sérgio Adorno, Os Aprendizes do Poder, Rio, 1988, ed. Paz e Terra; Aurélio Wander Bastos, O Ensino Jurídico no Brasil, Rio, 1998, ed. Lumen Juris; para os debates parlamentares a respeito, e para a íntegra dos Estatutos do Visconde de Cachoeira, cf. Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, Brasília, 1977, ed. F. Casa de Rui Barbosa.

[200] Estas últimas cláusulas levaram a diplomacia brasileira, em 1825, a argumentar com a impossibilidade de manter-se o Juiz Conservador da Nação Inglesa, criado através do Tratado de Comércio e Navegação, de 19 de fevereiro de 1810, que além de garantir à Inglaterra alíquotas *ad valorem* inferiores à do próprio Portugal, também implicava tolerância religiosa e o compromisso de não ser aqui introduzida a inquisição. Cf. Delgado de Carvalho, Carlos, História Diplomática do Brasil, Brasília, 1998, ed. Sen. Federal, pp. 16; Buarque de Holanda, Sérgio (org.), História Geral da Civilização Brasileira, S. Pau-

ções das Ordenações Filipinas, em delicada sobrevida nesta conjuntura. Um desses incisos recomendava "quanto antes" a organização de "um código civil, e criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade" (inc. XVIII).

II. O Código Criminal de 1830

1. A compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, bem como do sistema penal montado a partir dela, pode ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais encontramos a *contradição entre o liberalismo e a escravidão*, e no segundo o movimento político de *descentralização e centralização*, que se valeu intensamente do processo penal. Quando se assenta a poeira dos tensos episódios que assinalam a independência, ascende ao poder do novo estado "a classe mais diretamente interessada na conservação do regime: os proprietários rurais, que se tornam sob o império a força política e socialmente dominadora"[201]. Paralelamente à decadência do nordeste, a cultura do café no sudeste faz este produto ultrapassar o açúcar e o algodão nas exportações[202] e concentra geograficamente riqueza e poder político, prorrogando a demanda de mão de obra escrava. A queda nos preços internacionais do açúcar e do algodão e a crise financeira agravada pelo *deficit* fiscal – tratado com volumosas emissões de papel-moeda –[203] produzem insatisfações que se materializarão em inúmeras sedições: a partir de 1831 os *cabanos* no Pará, a *setembrada* de 1832 em Pernambuco, a revolução *farroupilha* de 1835 no sul (mesmo ano de uma revolta de escravos na Bahia, sobre a qual retornaremos), a *sabinada* também na Bahia em 1837, a *balaiada* no Maranhão em 1839, a revolução *praieira* em Pernambuco em 1848, São Paulo e Minas Gerais em 1842, Alagoas em 1844... A Constituição de 1824 mantivera a escravidão, sob a fórmula circunloquial de garantir "o direito de propriedade *em toda a sua plenitude*" (art. 179, inc. XXII). A contradição entre a condição escrava e o discurso liberal era irredutível: como disse Emília Vioti da Costa, "a escravidão constituía o limite do liberalis-

lo, 1976, ed. Difel, t. II, v. 1º, p. 355; Manoel Maurício de Albuquerque, Pequena História, cit., p. 257. Aviso do ministro da Justiça, de 22.nov.1832 (então, Honório Hermeto Carneiro Leão), levando em conta a publicação do Código de Processo Criminal, extinguiria todos os juízes especiais, e entre eles, expressamente, o Juiz Conservador da Nação Inglesa (cf. João Mendes, *op. cit.*, v. I, p. 166).

[201] Caio Prado Júnior, *op. cit.*, p. 143.

[202] Mattos Monteiro, Hamilton, Da independência à vitória da ordem, em Linhares, Maria Yedda (org.) História Geral, cit., p. 125.

[203] Sobre a crise deste período, cf. Furtado, Celso, Formação Econômica do Brasil, Rio, 1964, ed. F. de Cultura, pp. 118 ss. e Faoro, Raymundo, Os Donos do Poder, P. Alegre, 1979, ed. Globo, v. I, pp. 324 ss.

mo no Brasil", frisando Roberto Schwarcz que "as ideias liberais não se podiam praticar, sendo ao mesmo tempo indescartáveis"[204]. De outro lado, o tratamento dos conflitos aguçados pela crise fará o projeto liberal de estado refluir para um projeto policial, num movimento de centralização política que explicitamente se veiculará através do poder punitivo, notadamente do processo penal.

2. Se fosse possível abstrair a condição jurídica dos escravos[205], outra contradição se estabeleceria, no âmbito penal, entre as remanescentes Ordenações Filipinas[206] e as promessas da nova ordem constitucional. Tomemos, exemplificadamente, três delas: o princípio da reserva legal, a proscrição de açoites e "mais penas cruéis", e a proibição de responsabilidade penal por fato alheio, todas reconhecidas pela Constituição de 1824 (art. 179, incs. XI, XIX e XX). Sabemos que "no antigo regime, o intendente de polícia e várias outras autoridades judiciais e administrativas podiam declarar uma atividade ilegal, bastando para tanto baixar uma norma" que frequentemente cominava uma pena[207]. Sabemos também da posição estratégica do princípio da reserva legal na conjuntura revolucionária burguesa; tal princípio não pode ser contemplado apenas, como parecia supor um penalista do império[208], por seu valor técnico-jurídico, mas principalmente por sua significação política. A legalidade deveria, portanto, ingressar no direito brasileiro pela Constituição de 1824 e pelo artigo 1° do Código Criminal de 1830, que também proclamava o princípio. Não foi o que aconteceu. O Código do Processo Criminal de 1832 autorizava o juiz de paz a "cominar" as penas de multa, prisão até 30 dias ou internação por 3 meses em casa de correção ou oficinas públicas aos "suspeitos da pretensão de cometer algum crime", caso violassem o "termo de segurança" que eram obrigados a assinar; tal poder seria transferido, em 1841, para os chefes da polícia, delegados e subdelegados. Isso não é tudo. Lei de 1° de outubro de 1828 atribuía às câmaras municipais a criminalização, através de posturas policiais, de um amplo conjunto de infrações (vozerias nas ruas, injúrias, obscenidades, trazer gado solto, venda de pólvora etc.), às quais poderiam impor penas de prisão até 30 dias, em caso de reincidência, e multa. O próprio código criminal mencionava tais contravenções ("crimes contra a polícia e economia particular das povoações"), punidas "na conformidade das posturas municipais" (art. 308, § 4°). Muitas leis provinciais, por seu turno, eram manifesta, latente ou eventualmente penais. Assim, pelo artigo 7° da lei n° 9, de 13.mai.835, da Assembleia Legislativa da Bahia, africanos libertos que chegassem à província e os expulsos que a ela regressassem seriam presos e processados por insurreição, crime ao qual o código imperial impunha, para as lideranças ("cabeças"), a pena de morte (art. 113). Tal lei – elaborada sob a influência da recente revolta *malê* – promovia aí uma equiparação monstruosa, e em seu artigo 21 elevava as penas estabelecidas por um decreto imperial; em ambos os casos, o princípio da reserva legal virava pó. A mera deambulação do escravo, após 21:00 hs., sem bilhete do senhor, era punida com 8 dias de prisão pela câmara municipal da vila de Maracás; já na vila de Joazeiro, 1 dia de prisão responderia a "lundus, batuques e algazarras"; em Feira de Sant'Anna, alugar uma casa a escravos custaria 8 dias de prisão[209]. Sobre a proscrição dos açoites e "mais penas cruéis", bastaria lembrar que a vedação constitucional era ignorada pelo código criminal, que cominava os açoites, limitados a 50 por dia, aos escravos (art. 60). Na sessão de 16 de maio de 1835 da Câmara dos Deputados, requeriam-se informações ao governo sobre o retorno ao poder de sua senhora de uma escrava "achada com a língua cosida com o lábio inferior"[210]. Uma lei provincial paulista determinava que os senhores arcassem com as despesas de "sustento, vestuário e *curativo*" dos escravos recapturados[211]. Um Aviso Ministerial (n° 365, de 10.jun.861) preconiza a graduação dos açoites "conforme a idade e robustez do réu, na inteligência de que, segundo afirmam os facultativos, quando o número excede a duzentos é sempre seguido de funestas consequências"; outro Aviso (de 20.jun.879) recomendava "que não se inflijam castigos a escravos na casa de detenção sem prévio exame do respectivo faculta-

[204] Viotti da Costa, E., Introdução ao estudo, cit., p. 92; Schwarcz, R., As ideias fora do lugar, p. 22.

[205] Sobre o tema, entre outros, Perdigão Malheiro, A Escravidão no Brasil, Petrópolis, 1976, ed. Vozes, 2 vols; Spiller Pena, Eduardo, Pajens da Casa Imperial, Campinas, 2001, ed. Unicamp; Nunes Mendonça, Joseli M., Entre a Mão e os Anéis, Campinas, 1999, ed. Unicamp; Wehling, Arno, O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império, em Wolkmer, A.C. (org.) Fundamentos da História do Direito, B. Horizonte, 2001, ed. Del Rey, pp. 373 ss.; Bandechi, Pedro Brasil, Legislação básica sobre a escravidão no Brasil, em Rev. História, pp. 207ss.; João Luiz Alves, A questão do elemento servil, em Anais do I° Cong. Hist. Nacional, Rio, 1914, pp. 187 ss.

[206] Já foi mencionado que a legislação filipina vigorou no Brasil até a segunda década do século XX, quanto a aspectos não regulados do direito privado. Seu grande comentarista e compilador brasileiro foi Cândido Mendes de Almeida (Codigo Philipino, Rio, 1870, ed. Tip. Inst. Philomathico; Auxiliar Jurídico, Rio, 1869, ed. Tip. Inst. Philomathico).

[207] Holloway, Thomas H., *op. cit.*, p. 67. Assim, um edital de polícia de dezembro de 1816 punia o porte de armas brancas ou mesmo impróprias com 300 açoites e 3 meses de trabalhos em obras públicas.

[208] Da reserva legal dizia Thomaz Alves Júnior: "é um princípio verdadeiro. Era um dos axiomas favoritos de Feuerbach" (Annotações Theoricas e Praticas ao Código Criminal, Rio, 1864, ed. F.L. Pinto & Cia., v. I, p. 52). Por justiça, ressalte-se que ele estava copiando do prefácio de Vatel à sua tradução do código bávaro (Vatel, Ch., *Code Pénal du Royame de Bavière*, Paris, 1852, ed. A. Durand, p. XXX).

[209] Legislação da Província da Bahia sobre o Negro: 1835-1888, Salvador, 1996, ed. F. Cult. Bahia, pp. 19, 128 e 137. Piza Duarte, Evandro Charles, Criminologia e Racismo – Introdução ao Processo de Recepção das Teorias Criminológicas no Brasil, mimeo, UFSC, dissertação de mestrado, trabalha com posturas municipais gaúchas (pp. 244 ss). Cf. também Jupiracy Affonso Rego Rossato. Sob os olhos da lei: o escravo urbano na legislação municipal da cidade do Rio de Janeiro, diss. mestrado UFF, Niterói, 2002, *mimeo*.

[210] Pereira Pinto, A. (org.), Annaes do Parlamento Brazileiro, Câmara dos Srs. Deputados, Rio, 1879, ed. H.J. Pinto, Sessão de 1835, p. 76.

[211] Lei n°37, de 7.jul..869. Tal lei determinava que, 90 dias após o edital, se procedesse quanto ao escravo não reclamado de modo idêntico à "arrecadação dos bens do evento" (Bandechi, P. Brasil, Legislação da Província de São Paulo sobre Escravos, cit., pp. 235 ss.); frisa-se aí a coisificação do escravo. A "gado de vento, de evento, provindo das manadas erradias" se refere Câmara Cascudo (Mouros, Franceses e Judeus – Três Presenças no Brasil, S. Paulo, 2001, ed. Global, p. 26).

tivo". Daqueles pelourinhos rústicos – madeiros com pouco mais de dois metros – que Debret viu "fincados em todas as praças mais frequentadas" do Rio, e registrou numa gravura, a fustigação urbana se deslocaria para o interior de um estabelecimento estatal, determinada no entanto pelos senhores (disciplinar) mais que pelos juízes (legal). Em suma, as penas corporais aplicadas aos escravos não figuram apenas nos abundantes relatos, na iconografia ou nos anúncios de jornais que mencionam suas marcas: estavam nas leis, nos atos administrativos, e nos debates parlamentares. Por fim, quanto à responsabilidade penal por fato alheio, observe-se a confirmação, pela assembleia legislativa provincial da Bahia (Resolução de 9.jun.870), de uma postura da câmara municipal da Vila do Prado, cujo artigo 22, tutelando a dedicação da força de trabalho servil às tarefas assinadas pelos senhores, punia com multa ou 4 dias de prisão os donos de "tendas, botequins ou tavernas" que permitissem em seus estabelecimentos a "demora de escravos por mais tempo que o necessário para as compras", com a cláusula "*respondendo sempre os amos pelos caixeiros*"[212]. Definitivamente, as promessas liberais não poderiam cumprir-se numa sociedade escravista.

3. O fracasso do projeto liberal ganha mais visibilidade nas fontes que se ocupam da própria organização do sistema penal, com ênfase no processo criminal. A discussão parlamentar das atribuições dos juízes de paz foi integrada por enfáticos pronunciamentos contra o vigilantismo policial, como os de Bernardo Pereira de Vasconcelos[213]. O vigilantismo acabou aprovado, sendo no entanto confiado a uma autoridade eletiva local, o juiz de paz. O Código do Processo Criminal de Primeira Instância[214] estruturou um sistema penal que concretamente concedia a administra-

[212] Legislação da Província da Bahia, cit., p. 136.

[213] Dizia ele, na sessão de 19.mai.827, que a vigilância sobre desconhecidos suspeitos implicaria na existência de "um exército de espiões; isto parece-me uma polícia de Fouché", insurgindo-se também contra a exigência de passaporte para deslocamentos internos. Na sessão de 21.mai.827 retornou ao tema: "Eu já disse que ela (a emenda em discussão) ia estabelecer a mais horrorosa polícia, porque tinha o juiz de paz de examinar a vida privada e pública dos cidadãos. E neste estado o que será da liberdade e segurança? (...) Senhores, eu prefiro a impunidade dos pequenos delitos a estas inspeções policiais, dignas dos Fouchés e Pombais" (Annaes, cit., 1827, pp. 141 e 143). Vasconcelos abjuraria de suas posições liberais, antes que transcorresse uma década. Sobre ele, que foi o principal artífice do código criminal de 1830, cf. Tarquínio de Souza, Octavio, História dos Fundadores do Império do Brasil, Rio, 1957, ed. J. Olympio, v. V; Carvalho, J. M. (org.) Bernardo Pereira de Vasconcellos, S. Paulo, 1999, ed. 34 (contendo inúmeros discursos seus).

[214] Promulgado por lei de 29 de novembro de 1832; um decreto de 13 de dezembro de 1832 ministrava instruções para sua execução. Sobre o código, Pimenta Bueno, J.A., Apontamentos sobre o Processo Criminal Brazileiro, Rio, 1857, ed. Garnier; Ramalho, J.I., Elementos do Processo Criminal, S. Paulo, 1856, ed. 2 de Dezembro; Alencastro Autran, M.G. de, Código do Processo Criminal de Primeira Instância, Rio, 1880, ed. Garnier; Paula Pessoa, V. A. de, Código do Processo Criminal de Primeira Instância, Rio, 1899, ed. Jacintho; Filgueiras Junior, A., Código do Processo do Império do Brasil, Rio, 1874, ed. Laemmert. Sobre as atribuições do juiz de paz, cf. o apócrifo Actos, Attribuições, Deveres e Obrigações dos Juízes de Paz, Rio, 1884, ed. Laemmert.

ção do poder punitivo direta ou indiretamente às autoridades locais, dos juízes de paz ao júri, passando pelos inspetores de quarteirão, pelos promotores públicos e pelos juízes municipais. A criação da Guarda Nacional, em 18 de agosto de 1831, obedeceu também ao modelo descentralizador[215], restando nas mãos dos grandes proprietários locais seu comando. Porém o texto legal mais marcante, nessa direção, foi o Ato Adicional (lei nº 16, de 13.ago.834), que criou e outorgou poderes às assembleias legislativas provinciais, entre os quais o de legislar "sobre a polícia e economia municipal" (art. 10, § 4º) e decretar a suspensão ou demissão de magistrado (art. 11, § 7º). As turbulências do período regencial propiciaram condições para o chamado movimento de "*regresso*", cujo marco inicial pode situar-se na lei de interpretação do Ato Adicional (nº 105, de 12.mai.840), que tratou de esclarecer que a citada expressão "polícia" compreendia apenas a polícia administrativa, não a judiciária (art. 1º), bem como que a palavra "magistrado" não abrangia os membros das Relações e tribunais superiores (art. 4º). Através da lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, foi o Código de Processo Criminal reformado, no sentido de transferir os poderes dos juízes de paz – inclusive o de julgar contravenções e crimes punidos com prisão até 6 meses – para as autoridades policiais, acrescendo-lhes outros (arts. 4º, 5º, 6º e 91); juízes municipais e promotores públicos passam a ser incondicionalmente nomeados e demitidos pelo Imperador; dispunha ainda a lei sobre fiança, júri e recursos. Seu regulamento (nº 120, de 31.jan.842), com 504 artigos, afirmava ser o ministro da Justiça o "primeiro chefe e centro de toda a administração policial do Império" (art. 1º, 1º); os passaportes estavam disciplinados (arts. 67 a 90), tanto quanto a "inspeção dos teatros e espetáculos públicos" (arts. 131 a 143); criava-se a estatística criminal (art. 171 ss)[216] e regulamentavam-se extensamente as matérias propriamente processuais da lei. Quando a reforma da Guarda Nacional (lei nº 602, de 19.set.850) deslocar também para o ministro da Justiça seu comando, a obra de centralização estará concluída. O pacto político que a presidiu foi assim sintetizado: "longe de terem sido destruídos pelo governo central, os chefes locais teriam se aliado a ele, com benefícios para os dois lados: o governo ganhava sustentação nas bases rurais, os senhores territoriais legitimavam seu domínio político em nível local"[217]. O interesse especial que esses movimentos de descentralização e centralização de poder nos oferecem está na circunstância de terem sido exercidos principalmente com utilização de poder punitivo, manipulado menos na programação criminalizante do que na organização judiciária e policial

[215] Cf. Mattos Monteiro, Hamilton, Da Independência à Vitória da Ordem, em Maria Yedda Linhares (org.) História Geral, cit., pp. 111 ss; Nunes Ferreira, Gabriela, Centralização e Descentralização no Império, S. Paulo, 1999, ed. 34, especialmente pp. 23 ss.

[216] Desta matéria tratariam, mais tarde, os decretos nº 3.572, de 30.dez.865, e nº 7.001, de 17.ago.878.

[217] Gabriela Nunes Ferreira, *op. cit.*, p. 36; nas palavras de Faoro, "as autoridades locais não desaparecem, senão que se atrelam ao poder central; (...) os capangas dos senhores territoriais passam a ser capangas do império" (*op. cit.*, v. I, p. 333).

e no processo penal[218]. As raízes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro estão fincadas nessa conjuntura histórica, que demarca o inevitável fracasso do projeto liberal.

4. É um equívoco recorrente na historiografia jurídica brasileira tomar o código imperial de 1830 como produto da conciliação de dois projetos, o de José Clemente Pereira e o de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Na verdade, Clemente Pereira apresentou à assembleia legislativa apenas algumas bases para o futuro código, na sessão de 3 de junho de 1826[219]. Dispostas em 45 artigos, tratavam elas da reserva legal (art. 4°), da personalidade da responsabilidade penal (art. 5°), da tentativa (entendida como perpetração de "um crime que não se seguiu, porque foi estorvado por alguma força estranha" – art. 1°, inc. 4), de autoria e participação (incluindo a receptação e o favorecimento pessoal – art. 9°, incs. 4 e 6) e da imputabilidade (por menoridade, aos sete anos – art. 10). Quanto às penas, divididas entre "aflitivas e infamatórias" (morte, desnaturalização, trabalhos perpétuos e prisão perpétua – arts. 12 e 13) e "aflitivas somente" (degredo, perpétuo ou temporário, trabalhos temporários, prisão temporária, suspensão de direitos e multa – art. 14), proibiam as bases de Clemente Pereira a condenação a duas corporais, salvo quanto aos escravos (arts. 15 e 17); a reincidência duplicaria aquelas aplicadas no primeiro crime (art. 20). A pena de multa, quando não cominada em quantia certa, se quantificaria proporcionalmente ao "rendimento líquido anual dos réus, de um décimo a um terço (art. 42); para o crime de furto, prevalecia o antigo critério de proporcionar-se ao valor de coisa (art. 43). Entre setembro e dezembro de 1826, Bernardo Pereira de Vasconcelos redige seu projeto de código penal em Ouro Preto, aonde se recolhera para recuperar a saúde. Em janeiro de 1827, o periódico *O Universal* anuncia a subscrição, a 1$600 por exemplar, do projeto[220]. Na sessão de 5 de maio de 1827, Vasconcelos discursava referindo-se ao "meu projeto de código"[221], apresentado na véspera. Tínhamos aí, efetivamente, um projeto de código penal, que contemplou os princípios da legalidade e da culpabilidade (art. 2°) e mesmo, em fórmula tosca, o da lesividade ("ninguém será castigado pelos crimes que contra si mesmo cometer" – art. 10), definiu a tentativa (exigindo "atos exteriores" e "princípio de execução", que "não teve efeito por circunstâncias fortuitas ou independentes da vontade do delinquente" – art. 1°, inc. 2), estabeleceu a inimputabilidade por imaturidade aos quatorze anos (art. 3°, inc. 1) e previu os "delitos justificáveis" (consentimento do ofendido, estado de necessidade, defesa sem provocação, resistência a ordens ilegítimas e moderação nos castigos – arts. 12 ss). As penas (morte, galés, prisão com trabalho, simples prisão, banimento, desterro, infâmia, multa, perda dos objetos do crime, caução e vigilância – art. 56) eram submetidas a extenso sistema agravador-atenuador (arts. 19 a 29). A pena de multa se regulava "pelo que o réu com os seus bens e indústria pode ganhar em dous dias de trabalho" (art. 90). A parte especial se dispunha de forma inversa à que prevaleceria no código, principiando pelas contravenções ("Dos crimes policiais" – art. 110 ss), seguindo-se os "crimes particulares" (art. 127 ss) e terminando pelos "delitos públicos" (art. 226 ss). A discussão parlamentar sobre as bases de Clemente Pereira e o projeto de Vasconcelos foi teórica e politicamente muito pobre[222]. A pena de morte – um destacado tópico do debate político-criminal daquela etapa histórica – foi discutida em duas oportunidades. A comissão mista (integrada por deputados e senadores) que examinou as bases de Clemente Pereira e o projeto de Vasconcelos exarou um parecer, registrando que desejara "suprimir a pena de morte", detendo-se diante do "estado atual da nossa população em que a educação primária não pode ser geral"[223]. Um ano mais tarde, a pena de morte foi rediscutida na Câmara dos Deputados, e enquanto Martim Francisco falava de sua ineficiência ("não faz efeito", é "improfícua"), mencionando como expediente preventivo a "instrução primária", Lino Coutinho, curto e grosso, afirmava que seu objetivo era "conter a escravatura: esta é a única pena que a pode conter" e "assegurar nossa existência contra os escravos"[224]. Uma discussão cômica sobre autoria e participação, originada de um esdrúxulo artigo do projeto Vasconcelos[225], levou Ferreira França à desalentada afirmação de que "eu também não sei se cúmplices e sócios são coisas diversas"; após propor o critério da "parte maior"

[218] Cf. Pierangeli, José Henrique, Processo Penal – Evolução Histórica e Fontes Legislativas, Bauru, 1983, ed. Jalovi, pp. 133 ss.

[219] Clemente Pereira se referia a seu trabalho como bases: "depois de ter adiantado algum trabalho sobre as *bases* que havia estabelecido, lembrei-me que talvez essas mesmas *bases* houvessem de sofrer grandes transformações (...) julguei que faria algum serviço publicando estas *bases*". No projeto de lei por ele então oferecido, o artigo 2° rezava: "Ficam desde já reconhecidos como *bases* os seguintes princípios, que formarão os primeiros dous títulos do livro primeiro do sobredito código" (cf. Annaes, cit., 1826, t. I, p. 16). Também a comissão de legislação e justiça opinaria sobre o projeto valendo-se da palavra *bases* (Annaes, cit., 1826, t. II, p. 17, sessão de 6.ago.826); todos talvez sob a influência do artigo 179, inciso XVIII da constituição de 1824.

[220] Tarquínio de Souza, *op. cit.*, p. 61.

[221] Annaes, cit., 1827, t. 1, p. 23.

[222] O melhor estudo a respeito segue sendo o de Zahidé Machado Neto, Direito Penal e Estrutura Social, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva. Observe-se que os *Annaes* só foram publicados em 1875, tendo o responsável pela compilação, Antônio Pereira Pinto, mencionado as inúmeras lacunas que dificultaram seu trabalho.

[223] Annaes, 1829, t. 2, p. 84 (sessão de 31.ago.829).

[224] Annaes, 1830, t. 2, pp. 508 e 512 (sessões de 14 e 15.set.830). Nesta última sessão, Paula e Souza, mencionando a "ociosidade e embriaguês" como "paixões favoritas dos escravos", perguntava "quem, senão o terror da morte, fará conter esta gente imoral nos seus limites" (p. 514).

[225] Art. 9°. Quando houver muitos delinquentes, serão somente punidos os autores dos crimes.

no crime para caracterizar a autoria, pensa aprimorá-lo lembrando que "não são dous os autores, nunca se acha mais do que um"; Lino Coutinho, invocando o código da Luiziânia, tenta discernir conivência de cumplicidade pela característica de que "o cúmplice de certo modo concorre"; mas Ferreira França já aprimorara sua teoria, no sentido de que "basta um só autor: contente-se o julgado com um só criminoso, caia nesse a pena da lei e esqueçam-se os cúmplices e aderentes"[226]. A comissão mista, a partir principalmente do projeto Vasconcelos, formulou diversas alterações, tendo o texto final sido aprovado em outubro de 1830 na Câmara e em novembro no Senado. O Código Criminal do Império do Brasil foi sancionado pelo imperador em 16 de dezembro de 1830.

5. As influências que o código imperial sofreu, bem como aquelas que exerceu sobre outras legislações, constituem matéria cuja investigação se encontra reaberta, sugerindo portanto um exame um pouco mais minucioso. (a) *Influência francesa*. A despeito da colisão frontal entre o artigo 1° do código penal napoleônico, que estabelecia a divisão tripartida (contravenção, delito e crime), e o artigo 1° do código imperial (que dispunha serem "crime e delito palavras sinônimas"), Tobias Barreto afirmava que o brasileiro "teve o *Code* por principal modelo"[227]. O reconhecimento de alguma influência legislativa (para além da inevitável, naquela conjuntura, influência política e teórica) francesa tornou-se um lugar-comum[228], que hoje se questiona[229]. Não pode haver dúvida de que José Clemente Pereira, que no artigo 12 de suas bases classificava as penas em "aflitivas e infamatórias ou aflitivas somente", contatou o direito francês[230]. Da mesma forma, no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos a previsão da pena de infâmia (art. 56, 7°) bem como a utilização de expedientes infamatórios na execução de outras penas (como o "rótulo do crime nas costas" dos condenados a galés – art. 72 – ou do padecente a caminho da forca – art. 63) não

[226] Annaes, 1830, t. 2, pp. 487, 488 e 489 (sessões de 10 e 11.set.830).

[227] Estudos, cit., p. 151. No mesmo sentido, afirmava ele que "o legislador brasileiro regulou-se em mais de um ponto pelas doutrinas do *Code penal*" (p. 83).

[228] Cesar Tripoli extrai das "aspirações modernas e liberais" a conveniência da "escolha do código penal francês para servir de molde à confecção do código criminal do Brasil" (História, cit., v. II, p. 219); a influência francesa é geralmente reconhecida na literatura jurídico-penal (p. ex., Fragoso, Lições, cit., PG, p. 60; Bruno, Direito Penal, cit., PG, t. I, p. 165).

[229] Cf. Rivacoba y Rivacoba, M. e Zaffaroni, E.R., *Siglo y Medio de Codificación Penal en Iberoamérica*, Valparaiso, 1980, ed. Edeval, pp. 34 ss; Pierangeli, J.H., Código Penais do Brasil, S. Paulo, 2001, ed. RT, que nesta segunda edição reforma sua opinião, aduzindo que "alguns autores, muitas vezes sem explicitar quando e onde, têm assinalado a influência do código francês"(p. 70).

[230] Seja o projeto de Lepeletier de Saint-Fargeau (que no artigo 1° classificava as penas em "*afflictives*" e "*infamantes*", esclarecendo no 5° que "*toute peine afflictive sera infamante*"), do qual proveio o código penal de 1791, seja o código napoleônico (art. 6°: "*les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes*"). Sobre Lepeletier, cf. Plawski, Stanislaw, em RScCrDPC, 1957, pp. 619 ss.

constitui uma permanência do estilo penal do antigo regime[231], podendo mais propriamente reportar-se ao uso revolucionário da infamação, que se valia de expedientes similares[232]. Há, porém, muito mais. O artigo 66 do projeto Vasconcelos, que permitia a entrega do corpo dos enforcados a suas famílias, proibindo seu enterro com pompa, e resultou no artigo 42 do código imperial, não se inspirou diretamente no artigo 14 do *Code*? Mesmo com o desconto de que a minuciosa descrição das condições penais integrava o severo compromisso do legislador da época com o princípio da legalidade, as inúmeras coincidências entre as condições das galés segundo as bases de Clemente Pereira (art. 28) e o projeto de Vasconcelos (arts. 72 e 73), que resultaram nos artigos 44 e 45 do código imperial, inclusive a conversão em prisão para as mulheres, e as condições similares do código de 1791 (arts. 6° a 10) e do código de 1810 (arts. 15 e 16) serão mera casualidade? As proibições de execução da pena de morte em domingos ou dias de festa nacionais ou religiosas (art. 39 CCr) e em mulher grávida antes de seu parto (art. 43 CCr), conquanto comuns a muitas legislações, têm uma fonte direta e acessível no código napoleônico (arts. 25 e 27). No emprego, ainda que não exclusivo, de penas mitigadamente tarifadas (com graus máximo, médio e mínimo), tal como preconizado no artigo 18 das bases de Clemente Pereira, ecoa uma preocupação com o arbítrio judicial que o código de 1791 levara às últimas consequências: Lepeletier procurara com insistência o objetivo de "*établir pour chaque délit une peine fixe et déterminée*". A definição de emboscada do projeto Vasconcelos ("quando se esperou o ofendido em um ou diversos lugares" – art. 20, 13), que passou ao código imperial ("ter o delinquente esperado o ofendido em um ou diversos lugares" – art. 16,12) provém diretamente da qualificadora do *guet-apens*, prevista no artigo 298 do código napoleônico, que se refere à espera da vítima "*dans un ou divers lieux*". Parece inquestionável que, sem o exagero de Tobias Barreto, cabe reconhecer influência legislativa francesa no código imperial. (b) *Influência de Bentham*. O prestígio de Jeremias Bentham à época pode ser confirmado pelo fato de ter sido ele, ao lado de Livingston, o autor mais citado nas atas dos trabalhos parlamentares de elaboração do código imperial; suas ideias circulavam entre nós através das duas coletâneas de textos seus, organizadas e traduzidas por Dumont[233]. Não

[231] Como certamente o eram outras passagens, da previsão de penas arbitrárias (art. 59) à permissão para que do enforcado "lhe sejam cortadas a cabeça e mãos para serem afixadas no lugar do delito" (art. 62).

[232] Segundo o código de 1791, condenados aos ferros e a outras penas corporais seriam expostos publicamente por determinado período, portando um cartaz onde "*seront inscrits en gros caractères son nom, sa profession, son domicile, la cause de sa condemnation et le jugement rendu contre lui*"(art. 28). Como se sabe, o código napoleônico não se afastou das penas corporais senão a partir de 1830, sendo a exposição pública banida apenas em 1848 (cf. Laurent, Hippolyte, *Las Chatiments Corporels*, Lyon, 1912, ed. Phily, p. 160); os legisladores do código imperial brasileiro não podiam conhecer essa tendência.

[233] Dumont, Et., *Traités de Législation Civile et Pénale – ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham*, Paris, 1830 (3ª ed.), ed. Rey e Gravier; *Théorie des Peines et des Récompenses – ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Paris, 1825 (3ª ed.), ed. Bossanges Fr.

obstante, quando Thomaz Alves Junior afirmou que "nosso código criminal moldou suas doutrinas sobre o sistema de *utilidade* ou escola do célebre jurisconsulto Jeremias Bentham"[234] foi energicamente contestado por Camargo, a quem horrorizava a possibilidade de que nossa legislação "se baseasse no sensualismo ou no utilitarismo de J. Bentham"[235]. Nenhum dos dois estava completamente certo: da influência de Bentham não se pode dizer que tenha "moldado as doutrinas" do código imperial, e ao mesmo tempo não se pode negá-la. Apesar de tratar-se de uma influência não formulada legislativamente, e sim como reflexão teórica, deixou seus vestígios nos textos. O tradutor de Bentham falava da "*douceur*" (em oposição à *rigueur*) das penas, e de seu "*adoucissement*"[236]: foi o suficiente para Vasconcelos, em seu projeto, tratando da atenuante da menoridade, estabelecer que "o juiz poderá mudar a natureza da pena, *adoçando-a*, como for de razão" (art. 22,8°). A sexta regra de Bentham sobre determinação da pena recomendava observar a influência da "*sensibilité*"[237]: eis o projeto Vasconcelos importando a "sensibilidade do ofendido ou do delinquente" como critério de agravação ou atenuação (art. 24), adotado pelo código imperial no artigo 19. O receio benthamiano de tornar inócua a pena de banimento[238] repercute no artigo 82 do projeto Vasconcelos, que se converterá na parte final do artigo 50 do código imperial. Da mesma forma, o dispositivo do projeto Vasconcelos que poderia tomar-se como a primeira formulação brasileira do princípio da lesividade[239] não passa de incorporação da categoria benthamiana dos "*délits réflectifs ou contre soi-même*"[240]. Vasconcelos leu Bentham, e valeu-se intensamente das opiniões dele em seu projeto; muitas delas foram ter ao código imperial. O artigo 3°, tão avançado para a época que foi praticamente suspenso por avisos ministeriais, que não permitiam fosse ele submetido ao júri[241], usava as expressões "conhecimento do mal" e "intenção", extraídas de Bentham[242]. As agravantes do uso de disfarce (art. 16, § 16 CCr; art. 20,15 do projeto Vasconcelos) e do diferencial etário (art. 16, § 5° CCr; art. 20,3 do projeto Vasconcelos) provêm de considerações de Bentham, e se articulam com palavras dele[243].

234 Annotações Theoricas e Praticas, cit., v. I, p. 45. O parecer da comissão mista, encarregada de rever e compatibilizar as bases de Clemente Pereira e o projeto de Vasconcelos, expressamente consignara "ter seguido com todo o rigor da análise o desenvolvimento do princípio cardeal da *utilidade*", referido no artigo 162, §2° da constituição imperial (cf. Annaes, cit., 1829, v. II, p. 84).

235 Cf. Camargo, J.A., Direito Penal Brasileiro, Rio, 1881, pp. 221 ss.

236 *Théorie*, cit., v. I, pp. 17 e 139.

237 *Théorie*, cit., v. I, pp. 31 ss.

238 As facilidades que a América oferecia o preocupavam: *Théorie*, cit., v. I, p. 194.

239 Art. 10. Ninguém será castigado pelos crimes que contra si mesmo commeter, exceto nos casos expressos nas leis, ou determinações das autoridades competentes, e nos em que de taes crimes resulta mal a terceiro.

240 *Traités*, cit., v. II, p. 2.

241 Avisos n° 46, de 16.fev.854, e n° 133, de 14.abr.858.

242 "*Celui qui a fait le mal avec intention et connaissance*"... (*Traités*, cit., v. II, p. 20).

243 Respectivamente *Traités*, cit., v. II, p. 35 e v. III, p. 100.

Em suma, naquela polêmica travada por dois penalistas do império, Thomaz Alves Júnior estava menos equivocado. (c) *Influência de Livingston*. Eduardo Livingston foi, como já frisado, ao lado de Bentham, a autoridade mais referida nos debates parlamentares pertinentes à elaboração do código. De seu projeto de código penal para a Luisiânia foram oferecidos à câmara dos deputados dois exemplares[244], um dos quais traduzido, contendo a exposição de motivos e uma seleta do complexo articulado, em cinco livros, do Beccaria de Nova Orleans[245]. A despeito de estar ele mesmo confessadamente influenciado por Bentham, é possível respigar nos trabalhos preparatórios e no próprio código imperial vestígios de seu pensamento: o desânimo do deputado Ferreira França quanto aos "cúmplices e aderentes" é reportável ao artigo 55 do livro II de Livingston[246]. Impressiona a similitude entre o cardápio de penas propostas por Livingston e aquele constante do artigo 56 do projeto Vasconcelos. Semelhanças redacionais podem ainda ser notadas na definição formal de crime (art. 2°, § 1° C.Cr. e art. 24, livro II do projeto Livingston) e na tentativa (art. 2°, § 2° C. Cr. e art. 41, livro II, do projeto Livingston). O artigo 64 C.Cr., segundo o qual os condenados que "se acharem no estado de loucura não serão punidos enquanto nesse estado se conservarem" parece originado do artigo 30, *in fine*, do projeto Livingston[247]. A escusa do caso fortuito, prevista no artigo 10, § 4° do código imperial, que isenta de pena crimes praticados "casualmente, no exercício de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária" provém diretamente do artigo 37, livro II, do projeto Livingston[248]; retornaremos oportunamente a este dispositivo. (d) *Influência de Mello Freire*. A circunstância de José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos terem sido "ambos egressos de Coimbra"[249], onde o magistério de Pascoal José de Mello Freire predominou para muito além de sua jubilação (1790), sugeriria uma forte influência do projeto por ele elaborado, em 1789, por encomenda da rainha Maria I[250]. O exame comparativo dos textos, entretanto, desmente tal sugestão. Desde logo, o artigo 3° do Código Criminal[251], que impôs aos penalistas do império tantas cabriolas para, recor-

244 Cf. Zahidé Machado Neto, *op. cit.*, pp. 57 e 59.

245 Certamente o trabalho de Taillandier, M.A.H., *Rapport sur le projet d'un code pénal fait a l'assemblée générale de l'état de la Louisiane par M. Édouard Livingston*, publicado em Paris em 1825 (ed. A.A. Renouard). A comparação com Beccaria está na introdução do tradutor. Referenda a hipótese de ter sido este o texto utilizado sua expressa menção pelos penalistas do império (p. ex., Thomaz Alves Júnior, *op. cit.*, v. I, p. 139).

246 Art. 55. *Il peut y avoir des complices et des adhérens dans tous les cas de délit.*

247 *Aucune personne condamné ne sera punie, si elle tombe et continue em démence.*

248 *Nul évènement arrivé par méprise ou accident dans l'exécution d'un acte légal, fait avec une attention ordinaire n'est un délit.*

249 Gauer, Ruth M.C., A Construção do Estado-Nação no Brasil, Curitiba, 2001, ed. Juruá, p. 305.

250 Mello Freire, P.J. de, Ensaio do Código Criminal a que Mandou Proceder a Raínha Fidelíssima D. Maria I, Lisboa, 1823, ed. M. Setáro.

251 Não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar.

rendo a um "conhecimento menos pleno e a uma intenção indireta"[252], viabilizarem a punição de crimes culposos, contrapõe-se frontalmente ao § 1°, T. I do projeto Mello Freire (p.M.F.)[253]. A impunibilidade da "simples cogitação, mera vontade"(§ 2°, T. I p.M.F.) não teve ressonância no código imperial, num contexto histórico que recomendaria sua proclamação. A tentativa, que no texto lusitano era sempre impunível, ressalvados os "factos illicitos que obrou" anteriormente o sujeito, com a explícita afirmação de que "o conato não é o mesmo delicto" (§ 4°, T. I, p.M.F.), teve no código imperial disciplina diversa (art. 2°, § 2°), ainda que impunível nos crimes cuja pena fosse inferior a 2 meses de prisão ou desterro para fora da comarca (dispositivo oriundo do projeto Vasconcelos, art. 2°; as bases de Pereira excluíam a punibilidade da tentativa nas contravenções, art. 3°). A precursora formulação do princípio da lesividade por Mello Freire[254] é completamente distinta do já transcrito artigo 10 do projeto Vasconcelos. Na classificação dos crimes em públicos e privados (§ 7°, T. I p.M.F.) respeitáveis autores assinalam uma influência, discutível não só porque a essas duas classes o código imperial agregava os "crimes policiais", mas principalmente porque consistia uma tendência muito generalizada no penalismo ilustrado sair da matriz da classificação canônica (que na versão mais ortodoxa buscava imitar a ordem dos dez mandamentos) para retornar à matriz romana. Aliás, a parte especial do projeto Mello Freire, contraditoriamente, submete-se ao primeiro modelo, não passando de uma atualização das Ordenações Filipinas, que, como elas, principia pelos filhotes penais do primeiro mandamento, a criminalização casuística de herejes, apóstatas, cismáticos, blasfemos etc. (T. V ss): dela se pode afirmar, com certeza, que teve pouca influência sobre o código imperial (mencionaremos, adiante, uma provável influência quanto à letalidade das lesões). Embora possa parecer temerário generalizar tal afirmação, é extremamente difícil encontrar vestígios confiáveis. Proviriam os "lúcidos intervalos" (art. 10, § 2° C.Cr.), durante os quais os loucos são imputáveis, daqueles "intervallos de razão" dos "furiosos e lunáticos" (§ 4°, T. II p.M.F.)? Mera conjectura. Mello Freire redige seu "ensaio" num momento de transição, porém ainda dentro do regime antigo. Se é certo que, fiel a sua própria doutrina, não contempla a tortura como prova, e tenta proteger o réu interrogado com uma regulamentação preciosista, não é menos certo que dispõe sobre o esquartejamento e a evisceração *post mortem* do condenado por *perduellio* (T. XIII, § 17 p.M.F.). Quiçá tais ambiguidades, diretamente associáveis à conjuntura política na qual Mello Freire elaborou seu projeto[255], respondam pela decepcionante influência sobre o código imperial. (e) *Influência do código bávaro*. A prova habitualmente invocada para a determinação de alguma influência

[252] Assim, Braz Florentino, Lições de Direito Criminal, Pernambuco, 1872, ed. J.N. Souza, p. 131, socorrendo-se do art. 18, § 1° C. Cr.

[253] Sem dolo e malícia, *ou culpa*, não se pode considerar delicto para o effeito da pena.

[254] § 5°, T. I – Os factos que não ofenderem a sociedade, nem os indivíduos della, posto que sejão illicitos, não serão reputados verdadeiros delictos.

[255] Aspecto realçado por Rivacoba e Zaffaroni, *Siglo y Médio*, cit., p. 36.

do código bávaro de 1813 (C. Báv.), elaborado por Feuerbach, sobre o código imperial, ou seja, a imprescritibilidade das penas (art. 65 C.Cr.), é fraca. Apesar da afirmação peremptória inicial, o dispositivo correspondente (art. 139 C.Báv.) reconhecia, sob certas condições, a prescrição, ressalvando inclusive não atingir ela a obrigação de reparar o dano *ex delicto*, e quatro prazos eram estabelecidos para seu decurso, segundo a pena cominada (art. 140 C. Báv.). Em oposição à concepção unitária brasileira (art. 1° C.Cr), a lei da Baviera adotava uma divisão tripartida, entre crimes, delitos e contravenções (art. 2° C. Báv.). Existem algumas similitudes, embora encontráveis em outras legislações da época, como a referência explícita às calcetas impostas aos condenados às galés (art. 7° C.Báv. e art. 44 C.Cr.; art. 28 bases Pereira e art. 72 projeto Vasconcelos). Se os diplomas franceses, como vimos, não dispusessem igualmente a respeito, seria imaginável que Vasconcelos teria buscado na Baviera (arts. 5° e 7°, *in fine*) aquele "rótulo nas costas" referido ao delito praticado, que ele desejou impor os condenados à morte e às galés (arts. 63 e 72 projeto Vasconcelos), e felizmente não chegou ao código imperial. Aquela "vigilância da justiça" que Vasconcelos incorporou como pena a seu projeto (arts. 56, inc. 11, e 89) seria inspirada na medida cautelar de vigilância especial da polícia, de que Feuerbach se valera (arts. 59 e 117 C. Báv.)? Ao patamar máximo de 50 açoites do código bávaro (art. 25) correspondia a limitação de 50 açoites *"por dia"* do nosso (art. 60, *in fine* C. Cr.). A questão da causalidade das lesões corporais das quais decorra homicídio, então gravitando em torno da velha ideia da letalidade das lesões, está disciplinada de forma distinta nos dois diplomas (arts. 143 ss C. Báv. e 194 ss C. Cr.). Por outro lado, a atenuante da menoridade (art. 18, § 10, e art. 45, § 2° C. Cr.), dada por Roberto Lyra como uma "inovação brasileira"[256], figurava no código bávaro (arts. 98 ss). Se a influência sobre o código imperial é duvidosa, até mesmo diante da tradução francesa ter sido publicada apenas em 1852[257], é fora de dúvida que o § 4° do artigo 27 do código republicano de 1890, tão execrado por Hungria[258], provém da "perturbação dos sentidos ou da inteligência" que Feuerbach manejara em seu código (art. 121 C. Báv.). (f) *Influência do código napolitano*. A maior dificuldade para respigar algum vestígio do *Códice per lo Regno delle due Sicilie*, de 1819, em nosso código imperial, está no fato de que, em decorrência da dominação francesa, consistia ele numa espécie de adaptação do *Code Pénal*, que vinha substituir uma quase literal tradução deste ao italiano, vigente desde 1808, com pequenas alterações – aliás, progressistas, como a supressão da mutilação da mão do parricida antes de sua execução[259]. É duvidoso

[256] Direito Penal Normativo, Rio, 1975, ed. J. Konfino, p. 42.

[257] *Code Pénal du Royaume de Bavière*, trad. Ch. Vatel, Paris, 1852, ed. A. Durand. Após tal tradução é que o diploma bávaro começa a ser citado na literatura brasileira (p. ex., Thomaz Alves Júnior, op. cit., pp. 116 e 501).

[258] Com expresso reconhecimento do "modelo bávaro": Comentários, v. I, t. II, p. 381.

[259] Cf. Pessina, *Il Diritto Penale in Italia*, em *Enciclopedia*, cit., v II, pp. 580 ss.; Stile, Alfonso M., *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, em Vinciguerra, Sergio, *Il Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Pádua, 1999, ed. Cedam, pp. 183 ss.

que Pereira ou Vasconcelos – cujos textos preliminares previam penas infamantes, como visto – tenham contactado uma legislação que afirmava peremptoriamente que "nenhuma pena é infamante" (T. I, art. 1°, inc. 2°), ao contrário dos modelos franceses então disponíveis. Alguma similitude redacional (como aquela na fórmula do princípio da reserva legal, entre o artigo 60 do código napolitano e o artigo 33 do código imperial), ou o emprego de soluções equiparáveis (como a pesquisa judicial de discernimento nos menores entre 9 e 14 anos, no código napolitano, e nos menores de 14 anos no código imperial) não superam divergências radicais, como por exemplo no tratamento dos crimes políticos, onde a superioridade brasileira é evidente. As raízes francesas do código napolitano, que naturalmente adotara a divisão tripartida, invalidariam muitas referências comuns. Um dos méritos do código napolitano,a ruptura com a consideração da receptação como participação *ex post facto*, foi desconhecido pelo código imperial (art. 6°, § 1°). Quaisquer que tenham sido – e só uma pesquisa, até agora não realizada e talvez irrealizável, na biblioteca de seus redatores, sanaria certas dúvidas sobre elas – quaisquer que tenham sido as influências, o código imperial teve inquestionável originalidade[260] no tratamento das matérias de que se ocupou. Traduzido ao francês por Victor Foucher[261], viria por seu turno a influenciar diretamente o código penal espanhol de 1848, e, portanto, indiretamente, muitas legislações latino-americanas.

6. São muitas as ambiguidades do diploma patriarcal escravista. Se a pena de morte foi expungida de acessórios cruéis ou infamantes, mais do que na maior parte de seus prováveis modelos (e ser o padecente conduzido à forca com seu "vestido ordinário" – art. 40 – sinaliza este avanço), sua escabrosa facilitação processual para réus escravos compete com a invulnerabilidade a ela dos senhores[262]. Se os legisladores, invertendo o conselho de Beccaria, não cominaram a pena de morte para crimes políticos (decisão que, naquela incendiada conjuntura, tinha sabor de autoproteção), o crime de insurreição – a reunião de vinte escravos para "haverem a liberdade por meio da força" (art. 113 C.Cr.) – não era considerado político, embora incluído no título "Dos crimes contra a segurança interna do Império e pública tranquilidade". Para além dessas ambiguidades, onde aflora a contradição entre liberalismo e escravidão, poderemos encontrar soluções técni-

[260] Fragoso, Lições, P.G., cit., p. 61.

[261] *Code Criminale de l'Empire du Brésil, adopté par les Chambres Législatives dans la session de 1830.*

[262] A execução do fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, em 1855, despertaria grande celeuma sobre a pena capital, após um moribundo ter-se atribuido a autoria dos homicídios pelos quais fora aquele condenado; cf. José do Patrocínio, Motta Coqueiro e a Pena de Morte, Rio, 1887; Menezes, Raimundo de, O enforcamento de Motta Coqueiro, em Investigações, S. Paulo, 1952; Marchi, Carlos, Fera de Macabu, Rio, 1998. Parece que Motta Coqueiro foi apenas um dos últimos brancos proprietários executados (neste sentido, Luís Francisco Carvalho Filho, Motta Coqueiro: o erro em torno do erro, em Rev. IBCCrim, v. 33, pp. 261 ss).

co-jurídicas criativas e originais. A invenção do dia-multa (art. 55), fórmula que realizava o ideal de proporcionalidade no âmbito da pena pecuniária como nenhuma outra, é uma delas. Também cabe mencionar a invenção da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa (arts. 7° e 8°), antes da lei belga que receberia as honras do (falso) pioneirismo. Aqui a criatividade consistia em, homenageando o valor liberal da imprensa, abrir parênteses na disciplina geral da coautoria e participação, para que apenas *um* responsável fosse reconhecido (autor do escrito, impressor, gravador, litógrafo, editor, vendedor), preservando-se a estrutura do jornal[263]. Na parte especial, penas tarifadas (graus máximo, médio e mínimo) conviviam com escalas penais que o juiz percorreria tendo em conta um volumoso conjunto de circunstâncias agravantes (arts. 16 e 17) e atenuantes (arts. 18 e 19). Já mencionamos a tormentosa questão da letalidade da lesão (arts. 194 e 195), legado histórico que teria se inspirado no ensaio de Mello Freire, neste ponto considerado pelo projeto Vasconcelos[264], lugar inicial da história brasileira da causalidade. A questão dos crimes culposos merece referência mais ampla. Como vimos, o artigo 3° do código imperial (exigindo "conhecimento do mal e intenção de o praticar"), temperado pela atenuação da inocorrência de "pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar" (art. 18, § 1°) levara os penalistas a certas piruetas, ancoradas na velha concepção tomista da *voluntas indirecta*, acessada principalmente através de autores franceses, para fundamentar não o dolo eventual – na linha do que estava se passando por toda parte – mas sim a punibilidade dos crimes culposos[265]. É que o código, embora contendo a previsão especial de escassos crimes culposos, nada teria disposto sobre eles na parte geral[266]. Mas o código dispusera, sim: o § 4° do artigo 10 contemplara a escusa do *casus*, através de fórmula na qual um resquício do *versari in re illicita* se articulava a uma nítida delimitação com a culpa[267]. A cláusula "*atenção ordinária*" representava uma referência normativa muito bem elaborada – avançada para a

[263] Os penalistas do império tinham essa compreensão (p. ex., Braz Florentino, *op. cit.*, p. 182), nem sempre clara em seus sucessores.

[264] Cf. Eduardo Teixeira de Carvalho Durão, A concausa no homicídio, em O Direito, Rio, 1891, ed. Montenegro, v. 55, pp. 540 ss; para uma visão médica da matéria, João Baptista Correia, Breves Considerações sobre alguns Pontos de nossa Legislação Criminal, Rio, 1846, ed. Imparcial.

[265] Cf. Thomaz Alves Júnior, op. cit., pp. 145 ss; J. Camargo, op. cit., pp. 107 ss; Braz Florentino, op. cit., pp. 129 ss.

[266] "Efetivamente o código não aludiu à culpa em disposição alguma de modo geral", queixa-se Vieira de Araújo, João, Código Criminal Brasileiro, Recife, 1889, ed. J.N. Souza, p. 79. Para um tipo culposo, cf., por exemplo, o artigo 125 (fuga de presos "sendo por negligência"). Em 1874, a relação da corte (ac. n° 7.913) absolveu um carcereiro "pela razão de não haver na cadeia correntes nem outros meios de segurança para os escravos fugidos" (Paula Pessoa, op. cit., p. 228). Homicídios e lesões corporais culposas só se incorporariam ao código em 1871 (lei n° 2.033, de 20.set.871).

[267] Art. 10. Também não se julgarão criminosos: (...) §4°. Os que cometerem crimes casualmente no exercício ou na prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária.

época –, sinalizadora de culpa; neste sentido, a doutrina espanhola acerca do artigo 8°, inciso 8° do código de 1848, no qual, sob influência brasileira, se traduzira tal cláusula por "*debida diligencia*"[268]. Sucede que, por um erro de impressão, grafou-se "*tenção ordinária*". Julgamentos foram anulados por questionarem ao júri sobre atenção ordinária; mesmo após a incorporação do homicídio e das lesões culposas, os tribunais não enlaçavam sua disciplina nas virtualidades teóricas daquela cláusula[269]. Só em 1885, por iniciativa de João José do Monte, diretor da revista O Direito, o arquivo público certificou que do autógrafo do código constava *atenção*, e não *tenção* ordinária[270]. O quanto tal erro de impressão perturbou a teoria do crime culposo entre nós é um tema à espera de estudo.

7. Queixavam-se os penalistas do império da proliferação de leis penais[271]. Da síntese que se segue da legislação extravagante penal estão excluídas as leis de caráter processual, referidas anteriormente na descrição dos movimentos de descentralização-centralização do poder punitivo no império. Não por acaso, a primeira tentativa de reforma do código criminal incidia sobre o artigo 36, de caráter processual[272]. Excluídas também estão as leis penais provinciais e municipais[273]. A lei n° 631, de 18.set.831,

[268] Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madri, 2000, ed. Edisofer, pp. 185 ss.

[269] Cf. Milton, Aristides A., O art. 10, § 4° do código criminal e o art. 19 da lei n° 2.033, de 20.set.71, em O Direito, v. 13, pp. 472 ss.

[270] O requerimento e a certidão em Ferreira Tinoco, Antônio Luiz, Código Criminal do Império do Brazil Annotado, Rio, 1886, ed. Imp. Industrial, p. 568.

[271] "Nesse número infinito de leis penais, tanto as que compõem o código como as que, em quantidade muito maior, acham-se fora dele, haverá alguém que possa dizer, mesmo entre aqueles cuja profissão é estudá-las e aplicá-las, que as conhece todas, ou quase todas?" – indagava, sem prever que o futuro seria muito pior, Braz Florentino (op. cit., p. 119).

[272] Art. 36. Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para imposição de pena. Na discussão parlamentar, em 13 de julho de 1832, o deputado Ribeiro de Andrade argumentou com uma curiosa equiparação do princípio da lesividade com as presunções: se as opiniões e intenções dos homens, embora contrárias à sociedade, "não são crimes porque são idealidades, as suspeitas e indícios não são provas, porque são igualmente idealidades" (Annaes, cit., 1832, v. II, p. 62).

[273] O medo branco, tangido pelas notícias do Haiti e da revolta malê na Bahia, produziu uma duríssima legislação penal provincial e municipal. Na província do Rio de Janeiro, a lei n° 5, de 27.mar.835, suspendia as garantias constitucionais para suspeitos de insurreição (art. 1°), criminalizando "discursos diretamente tendentes a promover insurreição" (art. 2°), facultando ao presidente expulsar "todos os estrangeiros de cor de um e outro sexo", especialmente aqueles ocupados "no tráfico de mascates e pombeiros" (art. 4°); toda associação secreta da qual participasse "algum estrangeiro de cor" era declarada criminosa (art. 7°). Tal lei seria substituída pela de n°45, de 11.mai.836, de teor semelhante. Decreto n° 46, de 13.mai.836 aprovava posturas municipais das cidades de Niterói e Cabo Frio e das vilas de Marica, Itaboraí e Magé, segundo as quais a venda de pólvora ou armas a escravos ou "pessoas suspeitas" era punida, na reincidência, com 30 dias de cadeia e multa para livres e 100 a 200 açoites para escravos. Pena idêntica respondia aos "donos, administradores ou caixeiros de armazém, botequins ou tavernas" nos quais "se

criou crimes militares. A lei n° 52, de 3.out.833 (arts. 7° ss) alterou o artigo 173 C.Cr. (moeda falsa). A lei – que Thomaz Alves Junior chamou de "muito especial"[274] – n° 4, de 10.jun.835, cominava irrecorrivelmente (art. 4°) a pena de morte para escravos que matassem ou ferissem gravemente o senhor, o feitor ou seus familiares[275]. Uma semana após a edição desta lei, um Aviso recomendava que a forca fosse levantada apenas quando necessário, para não ficar continuamente à vista de todos. A "lei Euzébio de Queiroz", de 4.set.850, repristinou de fato uma lei, de 7.nov.831, que criminalizara por equiparação ao artigo 179 C.Cr. (art. 2°) o tráfico negreiro, mas que "permanecera letra morta"[276]. A lei n° 601, de 18.set.850, chamada lei de terras e imigração, é menos importante pela matéria penal nela contida (o art. 2° criminalizava o esbulho de terras devolutas ou alheias, e o incêndio rural) do que por consistir na matriz da tragédia fundiária brasileira[277]. Cabe mencionar o regulamento de 29 de setembro de 1851, cujo artigo 51 contemplava a venda irregular de "substâncias venenosas", expressão que chegaria ao

encontrar ajuntamento de mais de três escravos". Qualquer escravo encontrado à noite, ou em domingos e feriados sem um bilhetinho do senhor receberia de 20 a 50 açoites. Proibia-se finalmente o exercício da profissão de "mascate ou pombeiro", sob a ameaça penal de 100 a 200 açoites. "Ajuntamentos para danças ou *candomby*"(*sic*) custavam, para os anfitriões livres, 8 dias de cadeia e multa; para os bailarinos escravos, 50 a 100 açoites (Legislação Provincial do Rio de Janeiro, de 1835 a 1850, Niterói, 1850, ed. Tip. Fluminense de Lopes, pp. 5, 91, 92). Este era o direito penal do cotidiano, ausente dos livros e cego para o princípio da legalidade.

[274] *Op. cit.*, p. 74.

[275] Não procede a opinião corrente de que tal lei foi consequência da revolta malê na Bahia, ainda que a aceleração de seu procedimento legislativo tenha sofrido tal influência: seu projeto tramitara por dois anos. Cf. Ribeiro, João Luiz de Araújo, A lei de 10 de junho de 1835, Rio, 2000, dissertação de mestrado em História Social; Graden, Dale T., Uma lei... até de segurança pública, em Rev. Estudos Afro-asiáticos, Rio, 1996, n° 30, pp. 113 ss; Ribeiro, João Luiz, No meio das Galinhas as Baratas não têm Razão, Rio de Janeiro, 2005, ed. Renovar. Decreto de 11.abr.829 (regulamentador da lei de 11.set.826) já autorizava que as sentenças capitais contra escravos condenados pelo homicídio de senhores fossem "executadas independentemente de subirem a minha imperial clemência". Na verdade, e indiscutivelmente a partir do Reg. n° 120, de 31.jan.842 (cujo artigo 501, mantendo a irrecorribilidade da lei n° 4, de 10.jun.835, ressalvava o direito de petição de graça ao poder moderador, contrariando o artigo 2° do decreto de 9.mar.837), a única revisão possível era na seção de Justiça do Conselho de Estado (cf. Soares de Souza, Os escravos e a pena de morte no império, em Rev. IHGB, Rio, v. 313, pp. 5 ss). Anteriormente a 1842, a negativa mesmo de graça para homicídios de senhor era observada, como na S. João del Rei de 1833 (Ribeiro, J.L. de Araújo, op. cit., p. 30), ou simplesmente o advogado se esquecia de requerê-la, como na Vassouras de 1839 (cf. Pinaud, João Luiz *et alii*, Insurreição Negra e Justiça, Rio, 1987, ed. Exp. e Cultura, p. 69).

[276] Rodrigues, Jaime, O Infame Comércio, Campinas, 2000, ed. Unicamp, p. 108; cf., entre ampla bibliografia, Conrad, Robert Edgar, Tumbeiros, S. Paulo, 1985, ed. Brasiliense; Florentino, Manolo Garcia, Em Costas Negras, Rio, 1995, ed. Arq. Nac; e o clássico Verger, Pierre, Fluxo e Refluxo, trad. T. Gadzanis, S. Paulo, 1987, ed. Corrupio.

[277] Osório Silva, Lígia, Terras Devolutas e Latifúndio, Campinas, 1996, ed. Unicamp; Bessa Antunes, Paulo, A Propriedade Rural no Brasil, Rio, 1985, ed. OAB-RJ; Menendes Motta, Márcia Maria, Nas Fronteiras do Poder, Rio, 1998, ed. V. Leitura; sobre os ecos contemporâneos dessa tragédia, MST, Assassinatos no Campo, S. Paulo, 1987, ed. Global; Fajardo, Elias, A Violência no Campo, Petrópolis, 1988, ed. Vozes.

código penal de 1890 e seria mais tarde substituída por entorpecentes; tratava-se de contravenção, naquela ocasião julgada pelo delegado de polícia com recurso para o juiz de direito (art. 77); o controle administrativo de médicos, boticários e droguistas também se centralizava então, saindo da esfera das câmaras municipais (aviso do ministério do Império de 12.out.869). Muitos decretos (12.jul.851; 16.dez.853; 14.out.854; 28.mar.860; 9.mai.860) se ocupam das petições de graça. O código comercial (lei nº 566, de 25.jun.850) estipulou os casos de quebra fraudulenta (art. 802) e de participação nela (art. 803), complementando a previsão da bancarrota pelo código criminal (art. 263). Três anos após a inauguração de nossa primeira estrada de ferro, o Reg. nº 1.930, de 26.abr.857, criminalizava empregados da ferrovia que, por omissão ou negligência, causassem acidentes com resultados de ferimentos ou morte (art. 98). A lei nº 2.033, de 20.set.871, conhecida por lei de reforma judiciária, e de onde proveio aquela atribuição dos delegados de polícia para processar – sem julgar – contravenções (art. 10), que chegaria ao código de processo penal de 1942 (art. 531 ss), criminalizou finalmente o homicídio culposo e as lesões corporais culposas (art. 19) e aprimorou o estelionato previsto no código (art. 21); foi ela regulamentada pelo dec. nº4.824, de 22.nov.871[278]. A lei nº 1.099, de 18.set.860, criminalizou "loterias e rifas de qualquer espécie não-autorizadas por lei" (art. 1º); o decreto nº 2.874, de 31.dez.861, que a regulamentou, ampliou a criminalização para abranger quem expusesse à venda bilhetes e loterias não-autorizadas, ou ultrapassassem o território da autorização. O decreto nº 2.682, de 23.out.875, versava sobre a contrafacção de marcas de indústria ou comércio. A lei nº 3.311, de 14.out.886, tratava dos hoje chamados crimes de perigo comum (incêndio, explosão, inundação). A dois anos e meio da abolição, a lei nº 3.279, de 28.set.885, equiparava "o acoutamento de escravos" à apropriação indébita de coisa alheia perdida (art. 4º, § 3º).

III. O Código de 1890

1. As cartas que decidirão o jogo fraudado das relações econômicas e sociais na república positivista foram marcadas ainda na metade do século XIX. Com efeito, naquele 1850 em que a finalmente eficaz proibição do tráfico internacional de escravos passava a incrementar um tráfico interprovincial endereçado à florescente cultura do café no sudeste, naquele 1850 em que se promulgava o código comercial também "a terra era transformada em mercadoria corrente, referendando-se o seu controle por parte dos grupos dominantes do país"[279]. Com as terras devolutas subordinadas ao capital – eis que sua aquisição somente se operaria através de compra – tínhamos uma determinante essencial para

[278] Sobre essa lei, Nequete, Lenine, O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência, P. Alegre, 1972, ed. Sulina, v. I, pp. 78 ss.

[279] Fragoso, João Luís, O império escravista e a república dos plantadores, em Linhares, Maria Yedda (org.) História Geral, cit., p. 133, referindo-se à lei nº 601, de 18.set.850.

as futuras relações de produção no ambiente agrário, que lograrão manter na república modelos de exploração que evocam fortemente o escravismo[280]. Paralelamente, iniciara-se um processo de industrialização que, se na década de 1850 dispõe de pouco mais de 60 estabelecimentos industriais, contabilizará 3.258 em 1907 e 13.336 em 1920; na transição para o capitalismo, o setor têxtil predomina, seguido pelos de gêneros alimentícios (que o ultrapassará no primeiro quartel do século XX), vestuário, couros, velas e outros bens de consumo[281]. Poucas décadas separam a máquina a vapor (no decênio de 1850, 20 empresas de navegação e 8 estradas de ferro) da energia elétrica, que na província do Rio de Janeiro dispunha de menos de 1.000 kw em 1900 contra 61.925 kw em 1920[282]. Indústrias subsidiárias de grandes empresas estrangeiras principalmente norte-americanas (química e farmácia, montagem de veículos motores, pneumáticos, frigoríficos, aparelhos elétricos, alimentos) começam a estabelecer-se no país, especialmente após a I Guerra Mundial. A crise financeira do início da república (o *encilhamento*) conduzirá a políticas deflacionárias, na presidência de Prudente de Morais, que culminarão na moratória (*funding loan*) negociada por Campos Sales em Londres; a dívida externa brasileira, orçada em menos de 30 milhões de libras quando da proclamação da república, estará multiplicada por três em 1910 e chegará ao valor de 250 milhões de libras em 1930[283]. Temos aí uma síntese, sem dúvida lacunosa porém suficiente para nossas finalidades, da estrutura econômica da primeira república: basicamente agroexportadora (ao lado da posição privilegiada – até as respectivas

[280] Como a "parceria" e o "colonato"; cf. João Luís Fragoso, loc. cit. O pagamento de salários reduzidos em contraposição ao fornecimento, a preços escorchantes, de gêneros de primeira necessidade, colocava o trabalhador como um endividado permanente que, especialmente em regiões remotas – como na extração da borracha –, não dispunha de meios para quitar seu débito e abandonar a fazenda (cf. Caio Prado Júnior, op. cit., p. 212). Assinala Alberto Passos Guimarães que a abundância de mão de obra ociosa e a decorrente incapacidade de negociação dos trabalhadores nacionais permitiam seu recrutamento "a níveis de remuneração tão baixos que os colocavam praticamente em pé de igualdade dos custos de manutenção do escravo" (As Classes Perigosas, Rio, 1981, ed. Graal, p. 94). As frequentes reclamações da diplomacia estrangeira sobre as condições de trabalho dos imigrantes (na Itália chegou-se a um projeto de lei proibindo a imigração para o Brasil) constituem um depoimento eloquente. Um documento apresentado ao ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, em 1869, sugeria a importação de "trabalhadores chineses", argumentando estarem eles "afeitos a tênue salário e parca subsistência" (Alberto Passos Guimarães, op. cit., p. 95). Na primeira década republicana, muitos grupos – entre eles, acadêmicos de direito paulistas – opunham-se à imigração chinesa com argumentos claramente racistas (cf. Schwarcz, Lilia Moritz, O Espetáculo das Raças, S. Paulo, 1993, ed. Cia das Letras, p. 185).

[281] Caio Prado Júnior, op. cit., pp. 192 e 260 ss; M. Maurício de Albuquerque, op. cit., pp. 452 ss.

[282] AA. VV., A CERJ e a História da Energia Elétrica no Rio de Janeiro, Rio, 1993, ed. CERJ, p. 31.

[283] Caio Prado Júnior, op. cit., p. 211.

crises – do café e da borracha, ainda o açúcar – já decadente –, o algodão, o cacau etc.), baseada na grande propriedade rural, com uma incipiente industrialização na qual a exploração capitalista da força de trabalho praticamente não tem limites, à qual vêm agrupar-se empresas estrangeiras, sinalizando a dependência do capital externo sobre a qual depõem os números da dívida. A tal estrutura correspondem relações sociais de dominação que, no campo, expressam-se – pela ponta dominante – no "coronelismo" que encadeia a grande propriedade rural ao poder estadual[284], na base do que se chamou "política dos Governadores"; na ponta dominada, aos escombros sociais da escravaria eventualmente aproveitados, e ao lado dos pobres livres cujas desconfortáveis estratégias de sobrevivência provinham ainda do escravismo (tropeiros, sitiantes, agregados, camaradas[285]), tínhamos os contingentes de imigrantes, nos quais as oligarquias apostavam também para realizar um "embranquecimento" nacional. Nas cidades em que se concentravam indústrias, o proletariado lutava pelas mais elementares limitações à exploração de seu trabalho[286], luta que se acirrou especialmente com o movimento anarquista[287]; convém mencionar desde logo os desclassificados urbanos (prostitutas e cáftens, desempregados, capoeiras e mais tarde malandros etc.), alvos explícitos do sistema penal da primeira república. No próprio ano da abolição, a Câmara dos Deputados votava um projeto de criminalização da vadiagem[288] – com privação da liberdade até 3 anos para reincidentes –, tentando exorcizar os medos da conjuntura: no campo, "hordas" de libertos que vagariam pelas estradas "a furtar e rapinar", nas palavras de um parlamentar[289], e, na cidade, as maltas de capoeiras e todos aqueles pobres desocupados dos balcões comerciais ou não admitidos na disciplina fabril.

2. No discurso deste novo sistema penal, a *inferioridade jurídica* do escravismo será substituída por uma *inferioridade biológica*; enquanto a primeira, a despeito de

[284] Para Victor Nunes Leal, "a política dos coronéis consistia precisamente nesta reciprocidade: carta-branca, no município, ao chefe local, em troca do seu apoio eleitoral aos candidatos bafejados pelo governo do estado" (Coronelismo, Enxada e Voto, S. Paulo, 1975, ed. Alfa-Omega, p. 88).

[285] Cf. Carvalho Franco, Maria Sylvia, Homens Livres na Ordem Escravocrata. S. Paulo, 1983, ed. Kairós.

[286] Lahmeyer Lobo, Eulália Maria (org.), Rio de Janeiro Operário, Rio, 1992, ed. Access; Carone, Edgard, Movimento Operário no Brasil, Rio, 1979, ed. Difel, 2 vols.; Koval, Boris, História do Proletariado Brasileiro, S. Paulo, 1982, ed. Alfa-Omega; Khoury, Yara Aun, As Greves de 1917 em São Paulo, 1981, ed. Cortez.

[287] Addor, Carlos Augusto, A Insurreição Anarquista no Rio de Janeiro, Rio, 1986, ed. Dois Pontos; Arnoni Prado, Antonio (org.), Libertários no Brasil, S. Paulo, 1986, ed. Brasiliense.

[288] Cf. a excelente análise de Sidney Chalhoub, Trabalho, Lar e Botequim, Campinas, 2001, ed. Unicamp, pp. 66 ss.

[289] *Apud* Chalhoub, op. cit., p. 67.

fundamentos legitimantes importados do evolucionismo, podia reconhecer-se como mera decisão de poder, a segunda necessita de uma demonstração científica. Neste sentido, poderíamos afirmar que o racismo tem uma explicável permanência no discurso penalístico republicano, que se abebera nas fontes do positivismo criminológico italiano e francês para realizar as duas funções assinaladas por Foucault: permitir um corte na população administrada, e ressaltar que a neutralização dos inferiores "é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura"[290]. A contribuição do pensamento médico, neste transe de seu acasalamento com a técnica policial, merece especial atenção. Na metade do século XIX, constituíra-se a medicina social: "o médico torna-se planejador urbano"[291]. "Além de diagnosticar a doença presente no espaço insalubre, propõe-se um novo tipo de prática, organiza-se como poder político, torna-se um braço a serviço da prosperidade e segurança do estado"[292]. Podemos ter uma ideia de como este poder médico-policial se exerce, "devassando corpos, casas e quintais"[293], mirando apenas dois episódios: a demolição do cortiço Cabeça de Porco, em 1893, sob os auspícios da Inspetoria Geral de Higiene (dos destroços do cortiço nascerão os casebres da primeira "favela" no vizinho morro de Santo Antônio; a palavra "favela" só estará disponível, nesta acepção, quatro anos mais tarde, quando tropas vindas de Canudos estacionarem no morro da Providência), e a revolta da Vacina, em 1904[294]. O pé-na-porta sanitário se fundamenta num discurso cujas metáforas foram incorporadas por criminólogos e juristas, na conjuntura favorável da invenção europeia das medidas de segurança[295] (as quais no entanto só ingressarão *expressamente* no direito penal brasileiro em 1940). Num livro de 1894, Viveiros de Castro divulga um pensamento segundo o qual o crime "é o effeito do *contagio*, transmite-se como um micróbio"[296]. Dois anos mais tarde, o futuro chefe de polícia, Aurelino Leal, daria a lume seu *Germens do Cri-*

[290] Foucault, Michel, Em Defesa da Sociedade, trad. M.E.Galvão, S. Paulo, 2000, ed. M. Fontes, p. 305.

[291] Machado, Roberto *et alii*, Danação da Norma, Rio, 1978, ed. Graal, p. 155.

[292] Benchimol, Jaime Larry, Pereira Passos: um Haussmann Tropical, Rio, 1991, ed. Bib. Carioca, p. 115.

[293] Garcez Marins, Paulo César, Habitação e Vizinhança, em Novais, Fernando A. (org.) História da Vida Privada no Brasil, S. Paulo, 1998, ed. Cia das Letras, v. 3, p. 144.

[294] Chalhoub, Sidney, Cidade Febril, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras; Sevcenko, Nicolau, A Revolta da Vacina, S. Paulo, 2001, ed. Scipione.

[295] Do conceito garofaliano de "temibilidade" se passara ao de periculosidade. Para o debate fundador das medidas de segurança, travado no seio da velha União Internacional de Direito Penal, cf. Aníbal Bruno, Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança, Rio, ed. Rio, pp. 13 ss. O anteprojeto de código penal suíço, redigido por Carlos Stooss em 1893, foi o primeiro a contemplá-las. Cf. Ataliba Nogueira, J. C., Medidas de Segurança, S. Paulo, 1937, ed. Saraiva; Stevenson, Oscar, Problemas das Medidas de Segurança, Rio, 1965, ed. F. Bastos; Machado Alvim, Rui Carlos, Uma Pequena História das Medidas de Segurança, S. Paulo, 1997, ed. IBCCrim; Morais Ribeiro, Bruno de, Medidas de Segurança, P. Alegre, 1998, ed. Fabris; Reale Ferrari, Eduardo, Medidas de Segurança e Direito Penal, S. Paulo, 2001, ed. RT; Virgílio Mattos, Trem de Doido, B. Horizonte, 1999, ed. Una.

[296] A Nova Escola Penal, Rio, 1894, ed. D. Magalhães, p. 363.

me[297]; um oficial superior do Exército publicava em 1926, na edição inaugural da Revista Policial, artigo intitulado *O micróbio do crime*[298]. Como esses transportes são geralmente recíprocos, um médico contemporâneo daquele oficial – a expressão higiene mental entrava em moda – se preocupava com as taxas "de incapazes, de mendigos, de criminosos, de anormais de todo gênero que dificultam e oneram, pesadamente, a parte sã e produtiva da sociedade"[299]. A intervenção higienista, que das casas e quintais do "bota abaixo" modernizador se deslocara para os próprios corpos, na revolta da Vacina, invadia agora a subjetividade pelos caminhos da "degenerescência" e da "higiene mental"; para a viabilização política deste percurso, foi preciso que ela houvesse chegado à teoria da pena. No livro de um dos fundadores da escola de Polícia do Rio[300], Gizlene Neder percebe essa chegada: "no lugar do castigo, remédios"[301]. Este saber médico, que influencia cada vez mais as decisões judiciais criminais, e mesmo na prática decide diretamente uma parcela dos casos (inimputáveis por doença mental), se acasalará clinicamente com a técnica policial num lugar arquitetônico especial: o anfiteatro dos institutos de medicina legal, na superação da luta por poder travada entre a academia e as repartições médico-policiais, segundo um modelo que Nina Rodrigues implantaria na Bahia e Afrânio Peixoto aplicaria no Rio[302]. Bastem-nos tais notas para a compreensão dessas trocas, que edificaram o manicômio judiciário; que ainda hoje perduram, se já não nos salões nobres das universidades, onde viveram, certamente nos obscuros laudos que cotidianamente orientam o poder punitivo; que prestamente acorreram à épica moderna da eletricidade para inventar as terapias do eletrochoque, da eletrotortura e – no país das grandes empresas e da pesquisa científica – da cadeira elétrica.

3. Embora convicto de que, após a abolição, as reformas "que podem ser votadas por lei" seriam "insignificantes" perante as culturais, Joaquim Nabuco apresentou projeto de lei, em outubro de 1888, para que fossem as leis penais adaptadas à nova situação[303]. A dissolução da Câmara dos Deputados impediu que o projeto se convertesse em lei. Contudo, sensibilizado pela ideia, no pri-

[297] Leal, Aurelino, Germens do Crime, Salvador, 1896, ed. Magalhães.

[298] Tórtima, Pedro, Crime e Castigo para além do Equador, B. Horizonte, 2002, ed. Inédita, p. 153.

[299] Freire Costa, Jurandir, História da Psiquiatria no Brasil, Rio, ed. Xenon, p. 97. Cf. também o imprescindível Carrara, Sérgio, Crime e Loucura, Rio, 1998, ed. EdUERJ.

[300] Elysio de Carvalho. A Polícia Carioca e a Criminalidade Contemporânea, Rio, 1910, ed. Imp. Nac. A escola foi fundada em 1912.

[301] Neder, Gizlene, Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil, P. Alegre, ed. Fabris, p. 93.

[302] Cf. Corrêa, Mariza, As Ilusões da Liberdade, Bragança Paulista, 1998, ed. Edusf, pp. 128 ss. Já em 1907, no novo regulamento do serviço policial no Rio efetuado pelo decreto nº 6.440, de 30.mar.907, o Serviço Médico Legal era "organizado como secção autônoma" (arts. 8º, § 3º, e 70 ss).

[303] Nabuco, Joaquim, O Abolicionismo, Rio, 1999, ed. N. Fronteira, p. 237. Um quarto de século após a abolição, em plena república, edições do código comercial ainda estampavam a proibição de "dar-se em penhor comercial escravos" (art. 273); cf. Braga Júnior (org.) Código Commercial Brazileiro, Rio, 1914, ed. EFDI, p. 48.

meiro semestre de 1889 João Vieira de Araújo – catedrático de direito criminal na Faculdade do Recife – elaborou o anteprojeto de uma *Nova edicção official do Código Criminal*, submetendo-o ao ministro da Justiça, que, por aviso de 12 de junho, designou para apreciá-lo uma comissão, de cujos trabalhos João Batista Pereira – professor no Rio de Janeiro – seria o relator. Em 10 de outubro de 1889 a comissão sugeriu que, ao invés de simples nova edição acrescida de "figuras novas", se procedesse a uma completa revisão da legislação penal. Aceita a sugestão, o ministro Cândido de Oliveira incumbiu exclusivamente Batista Pereira do "trabalho da revisão do Código Criminal". Se corresponder à verdade a informação acreditada de que, ao proclamar-se a república, a revisão da parte geral já estaria pronta[304], teríamos que tal trabalho consumira apenas um mês ao jurista. O fato é que, proclamada a república, Batista Pereira interrompeu seu trabalho: nas suas palavras, "larguei de mão o trabalho de revisão"[305]. Em junho de 1890, o ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, renovou o convite nos mesmos termos, ou seja, para uma *revisão* do código criminal, encarecendo apenas – talvez por ignorar a já demonstrada celeridade de Batista Pereira – a "apresentação urgente do trabalho". (A coincidência de convidar o governo republicano o mesmíssimo jurista que o governo imperial convidara para a reforma do mesmo código, nas mesmas condições, demonstra suficientemente que na realidade nada estava mudando muito.) Batista Pereira concluiu seu trabalho "ao cabo de pouco mais de três meses", determinando Campos Salles sua publicação pela Imprensa Nacional. Uma comissão foi constituída para examinar o anteprojeto, não chegando a consumir duas semanas em sua tarefa[306], que concluiu por adotá-lo "na sua quase totalidade". Foi o código penal promulgado pelo decreto nº 847, de 11.out.890. A *vacatio legis* original de seis meses (art. 411) foi alterada pelo decreto nº 1.117, de 6.dez.890, que antecipou a vigência do código, segundo um critério diferenciado[307].

[304] "Já havia preparado a Parte Geral, quando foi proclamada a República" (Fragoso, Heleno, Lições, op. cit., PG, p. 62); "e tinha elaborado a parte geral, quando foi proclamada a República" (Siqueira, Galdino, Direito Penal Brazileiro, Rio, 1932, ed. Jacyntho, v. I, p. 10); nas imprescindíveis *Notas Históricas* do próprio Batista Pereira (publicadas, em 14 capítulos, por Raja Gabaglia [org.] Revista de Jurisprudência, Rio, 1898-1899, ed. Aldina, vols. II a VI) a afirmação é algo diferente: "estava já articulada a parte geral do Código, quando a 15 de novembro, *um mês depois*, sobreveio inopinada a sedição militar", sugerindo houvesse ele se antecipado nessa tarefa ao ato de sua designação, datado de 14 de outubro de 1890.

[305] *Notas Históricas*, cit., em Rev. Jur. IV, p. 259. Trechos subsequentes entre aspas, sem remissão distinta, provêm dessa fonte.

[306] Integrada por José Júlio de Albuquerque Barros (barão de Sobral), Francisco de Paula Belfort Duarte e Luiz Antônio dos Santos Werneck, reuniu-se pela primeira vez em 29 de setembro; o código penal seria promulgado doze dias depois!

[307] A vigência se iniciou no Distrito Federal em 30 de dezembro de 1890; nos estados litorâneos, do Rio Grande do Sul ao Pará, e em Minas Gerais, em 1º de fevereiro de 1891; nos estados de Goiás, Mato Grosso e Amazonas, em 1º de março de 1891.

4. A rapidez desses procedimentos costuma ser invocada na literatura jurídico-penal brasileira como uma das razões para as críticas impiedosas que o código penal de 1890 sofreu[308]. Parte dessa literatura se esquece da natureza puramente revisional de tais procedimentos – que exsurge cristalinamente das fontes primárias disponíveis – e incide por vezes na contradição de elogiar no código criminal de 1830 quase a mesma solução (por vezes a mesmíssima solução) que no texto de 1890 lhe provoca aversão. Na verdade, o desprestígio do código penal de 1890 proveio de seu fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais do sistema penal da Primeira República, fracasso diretamente ligado à circunstância de não passar ele de um decalque alterado do diploma anterior. Uma boa prova dessa deficiência – muito mais política do que técnica – do código de 1890 está no fato de que a criminalização daqueles alvos sociais – imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e cáftens etc. – foi empreendida através de leis extravagantes, ou de leis que alteravam o texto original do código. Não por acaso, essa profusão de leis – em paralelo à profusão de anteprojetos de códigos que substituíssem o de 1890 – culminaria por uma Consolidação das Leis Penais, como veremos. Essas leis extravagantes, contudo, não despertam na literatura críticas similares àquelas dirigidas ao velho código. Talvez a natureza ideológica de tais críticas seja similar à daquelas que, nos dias que correm, queixam-se do CP 1940, reformado em 1985, como "legislação antiquada", em descompasso com "novas realidades", mas silenciam sobre a chamada lei dos crimes hediondos e correlatas.

5. Adotando a divisão bipartida (crime e contravenção – art. 2º), o Código Penal de 1890 contemplava o princípio da legalidade, proibia o emprego de analogia "para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas" (arts. 1º), e estipulava a retroatividade benigna da lei nova que abolisse o crime ou lhe cominasse "pena menos rigorosa" (art. 3º). O caráter subjetivo e pessoal da responsabilidade criminal vinha explícito no texto dos artigos 24 e 25: o primeiro deles isentava de pena "ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligência ou imperícia"; o segundo proclamava que "a responsabilidade criminal é exclusivamente pessoal"; e seu parágrafo, versando a hipótese de crimes "em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade", frisava que a responsabilidade penal só recairia "sobre cada um dos que participarem do fato criminoso". A tentativa era definida segundo o modelo clássico do dolo com respeito ao delito consumado ("com intenção de cometê-lo"), do "começo de execução" e da frustração "por circunstâncias independentes da vontade do criminoso" (art. 13). Reco-

[308] Bem representadas no severo juízo de João Monteiro, recorrentemente citado: "o pior de todos os códigos conhecidos". Para o maior de seus comentaristas e um dos fundadores da dogmática jurídico-penal brasileira, contudo, tais críticas eram "não raro exageradas e destituídas de razão" (Costa e Silva, Antônio José, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Rio, ed. Cia. Nacional, p. II).

nhecia o código a impunibilidade dos atos preparatórios (art. 10), do crime impossível (art. 14, par. ún.), bem como da tentativa de contravenção e de crime aos quais não estivesse cominada pena superior a um mês de prisão celular (art. 16). Distinguiam-se autoria (art. 18) e cumplicidade (art. 21); nesta última, segundo prática ainda predominante, incluíam-se casos de receptação e favorecimento (art. 21, §§ 3º e 4º). A responsabilização objetiva do mandante "por qualquer outro crime que o executor cometer" (art. 19, § 1º), em franca oposição aos já citados artigos 24, 25 e 26, era um pouco atenuada pela regra segundo a qual não prevaleceria a responsabilidade do mandante que "retirar a tempo sua cooperação no crime" (art. 20). Nos crimes de imprensa, estabelecia-se uma surpreendente responsabilidade solidária entre o autor, o proprietário da tipografia ou do jornal e o editor (art. 22), excluindo-se contudo a cumplicidade, cabendo à vítima escolher ("a arbítrio do queixoso") contra qual deles exerceria a ação penal (art. 23): o modelo brasileiro da responsabilidade sucessiva seria recuperado em 1923[309]. A imputabilidade por imaturidade era absoluta até os 9 anos, e relativa ("que obrarem sem discernimento") entre os 9 e os 14 anos (art. 27, §§ 1º e 2º), disciplina que seria alterada em 1927[310]. A violência física irresistível e a velha escusa do *casus* (art. 27, §§ 5ª e 6ª) situavam-se ao lado da inimputabilidade por "imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil" e dos surdos-mudos não educados (art. 27, §§ 3º e 7º), e também daquela importação bávara que daria tanto que falar, a "completa privação dos sentidos e da inteligência" (art. 27, § 4º)[311]. Previa o código a obediência hierárquica (art. 28), o estado de necessidade (arts. 32, § 1º e 33) e a legítima defesa (arts. 32, § 2º e 34); esta última não admitia a provocação (art. 34, § 4º), e era especialmente prevista para a antiga hipótese do invasor noturno da casa e para a resistência

[309] Através do decreto nº 4.743, de 31.out.923, art. 10 ss. A razão de ter-se Batista Pereira desligado da tradicional responsabilidade sucessiva foi o que ele chamou de "indecorosa indústria dos *testas de ferro*" (Notas Históricas, cit., VIII, p. 372).

[310] Através do decreto nº 17.943-A, de 12.out.927 (nosso primeiro Código de Menores), que subtraia o menor de 14 anos a qualquer intervenção penal (art. 68), impunha aos maiores de 14 e menores de 18 anos internação em "escola de reforma" pelo prazo de 3 a 7 anos (art. 69, § 2º), e, em casos de crimes graves praticados por maiores de 16 e menores de 18 anos, provada a periculosidade e a "perversão moral", determinava-lhes a aplicação da pena minorada da cumplicidade, solução prevista no artigo 65 do Código Penal (art. 71), recomendando apartação prisional dos adultos (art. 77).

[311] O decreto nº 4.780, de 27.dez.923, substituiu a palavra "privação" por "perturbação" (art. 38), curvando-se às críticas dirigidas à duvidosa capacidade de ação de alguém completamente privado dos sentidos e da inteligência. Num parecer elaborado em 1897 para o Instituto dos Advogados Brasileiros, Batista Pereira alegara ter ocorrido erro de publicação; cf. Galdino Siqueira, Direito Penal Brazileiro, cit., v. I, p. 371. Também em suas Notas Históricas Batista Pereira reiteraria que "em vez de *privação* dos sentidos e de inteligência o texto dizia *perturbação*" (VIII, p. 374). Vieira de Araújo considerou tardia a explicação, redarguindo-lhe Batista Pereira com o original do texto (Notas Históricas, VIII, p. 376).

a ordens ilegais (art. 35). Manejava o código as penas de prisão celular, banimento – logo proscrita pela Constituição de 1891[312] –, reclusão, prisão com trabalho, prisão disciplinar, interdição, suspensão ou perda do emprego público, inabilitação para o emprego público e multa (art. 43)[313]. Embora a privação da liberdade, com seu cardápio técnico de regimes, assumisse uma posição central no discurso de autoridades e juristas[314], na prática do sistema penal se dava algo semelhante ao que Faoro percebeu na economia: "a herança mercantilista envolve, controla e tritura os desígnios dos estadistas"[315], ou seja, a intervenção corporal – visível na deportação sistemática de imigrantes e capoeiras, nos açoites aplicados em tombadilhos da Armada, na chacina de Canudos, nas sevícias que os revoltosos da Vacina sofriam antes de, postos a ferro no porão de um paquete, serem despejados no Acre – a intervenção corporal não deixa o proscênio do controle social penal. Proclamava o código que "não há penas infamantes" (art. 44)[316]. Mantinha-se o sistema do dia-multa, regulado "pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho" (art. 58). Minucioso conjunto de circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 36 a 42), integrado pela proibição de dupla valoração da agravante que constituísse elemento do crime (art. 37), permitia a individualização das penas, que a Parte

[312] *Ar. 72, § 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.* Se levarmos em conta que vadios e capoeiras estavam sujeitos a recolhimento, por 1 a 3 anos, em "colônias penais que se fundarem em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional" (art. 400), e, caso fossem estrangeiros, a *deportação* (art. 400, par. ún.), bem como os poderes excepcionais dos frequentes estados de sítio, compreenderemos como na verdade o banimento continuou a ser intensamente praticado na primeira república, a despeito da proibição constitucional.

[313] A partir de uma observação de Escorel, Macedo Soares registra a presença, na Parte Especial do código de 1890, de outras penas, tais como a privação do exercício de profissão (art. 300, § 2°), a perda do pátrio-poder e da herança, a destituição do tutor ou curador (art. 277, par. ún.), além da deportação mencionada na nota anterior, entre outras. Cf. Macedo Soares, Oscar de, Código Penal, Rio, 1906, ed. Garnier, p. 139.

[314] O relatório de 1891 do ministro da Justiça mencionava "o sistema da Philadelphia, combinado com o de Auburn, e modificado pelo método irlandês, numa palavra, o de Crofton"; segundo Batista Pereira, "evitando os perigos e inconvenientes do sistema pensilvânico, (...) e fugindo igualmente dos que são peculiares ao auburnismo, o único que entre nós tem sido praticado em escala modesta, o legislador brasileiro adotou o sistema progressivo irlandês, a que Walter Crofton ligou seu nome" (Notas Históricas, cit., v. VI, p. 230). Os maiores defensores da prisão celular foram Lima Drummond e A. Bezerra da R. Moraes; este último faz dela apaixonada defesa num livro (Estudo sobre os Systemas Penitenciários, Rio, 1915, 2ª ed., ed. Jacintho). Cf. também Evaristo de Moraes, Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil, Rio, 1923, ed. Cons. Candido de Oliveira (para o CP de 1890, pp. 48 ss).

[315] Os Donos do Poder, cit., v. 2, p. 502.

[316] Dos participantes da revolta da Vacina dizia o chefe de polícia, em relatório oficial, que constituíam *"fezes sociais"* (Sevcenko, A Revolta da Vacina, cit., p. 71); transcrevendo considerações de Aurelino Leal, pode-se ler em Galdino Siqueira, acerca dos imigrantes a serem deportados, que "nosso excessivo espírito de tolerância, nossa bondade natural" (aos quais provavelmente se deveria a proscrição de penas infamantes) estavam reduzindo o Brasil a "uma espécie de *cano de esgoto dos detritos de outros países*" (op. cit., v. I, p. 120).

Especial cominava em escalas com patamares mínimo e máximo[317]. Previa o código o livramento condicional numa clave que substancialmente o inseria no direito de graça: mediante ato do Poder Executivo, por provocação do diretor do estabelecimento penitenciário (art. 51), obrigando o condenado a residir em lugar designado e sujeitar-se à vigilância policial (art. 51, par. ún.)[318]. A jurisdicionalização do livramento condicional, com intervenção do Conselho Penitenciário, viria com o decreto n° 16.665, de 6 de novembro de 1924, exatos dois meses após o decreto n° 16.588 introduzir entre nós a suspensão condicional da pena[319]. Na Parte Especial, o livro II se ocupava "dos crimes em espécie", classificados em treze capítulos, e o Livro III tratava das contravenções. Algumas disposições gerais associavam-se num minúsculo Livro IV.

6. A pesquisa das influências sofridas pelo código penal de 1890 – à exceção da mais ampla e estrutural, que provém de seu modelo direto, o código brasileiro imperial, e de outras de procedência bem evidente (como, por exemplo, algumas do código bávaro cuja tradução já circulava entre nós, tal qual anteriormente mencionado) – pode levar a alguns equívocos, por duas razões. A primeira delas consiste no que chamaríamos hoje de "circularidade cultural" jurídica, e que Vieira de Araújo chamou de "empréstimos legislativos", na sua polêmica com João Monteiro[320]: a incorporação por diversas legislações de paradigmas adotados por códigos penais oitocentistas "fortes" (por exemplo o francês, o bávaro, o brasileiro imperial etc.), circunstância que dificulta sobremodo conclusões acerca desses paradigmas, que tanto poderiam provir do modelo original quanto da(s) legislação(ões) que posteriormente os incorporara(m). Em segundo lugar, temos o fato de que o autor do código só cuidou de registrar as influências sofridas vários anos após sua elaboração, e num ambiente de debate acadêmico no qual o recurso à filiação a determinada legislação aparece mais como argumento de autoridade que como subsídio historiográfico. Tomemos como exemplo a questão da divisão bipartida, em crime e contravenção, que o código penal de 1890 adotava (art. 2°), distinguindo-os categorialmente (arts. 7° e 8°). A opção pela divisão bipartida, cuja significação teórica e política não pode ser esque-

[317] Por isso mesmo, cabe considerar o artigo 62 ("Nos casos em que este Código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo"...) como reminiscência do texto de 1830, inadvertidamente mantido na sua revisão.

[318] Galdino Siqueira, que finamente observara a assimilação de tal medida ao direito de graça, lembrava que a vigilância policial constituía, em diversas legislações, pena autônoma (op. cit., v. I, pp. 617 e 618).

[319] Cf. Auler, Hugo, Suspensão Condicional da Execução da Pena, Rio, 1957, ed. Forense, pp. 17 ss; Batista, Nilo, Alternativas à Prisão no Brasil, no volume Punidos e Mal Pagos, cit., pp. 126 ss.

[320] Vieira de Araújo, João, O Projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo, Recife, 1895, ed. Nogueira Irmãos, p. 9.

cida[321], foi atribuída por Batista Pereira em 1899[322], e todo mundo acreditou[323], ao código Zanardelli. Seria realmente necessário recorrer ao código Zanardelli, se o código imperial de 1830, cuja revisão se empreendia, afirmava que crime e delito eram "palavras sinônimas" (art. 1°), operando portanto com uma divisão bipartida, na qual as contravenções eram também designadas por "crimes policiais"? Por outro lado, se verdadeira for a afirmação de Batista Pereira no sentido de que, quando da proclamação da República, "estava já articulada a parte geral do código", ao início da qual se colocaria a questão da divisão bipartida, é certo não ter ele consultado o código Zanardelli, cuja publicação oficial só ocorreu em 1° de dezembro de 1889. Se estivermos advertidos de que o código penal de 1890 não passa de uma revisão, com alterações e acréscimos, do código criminal de 1830, e mantivermos cautela quanto às falsas indicações provenientes do debate acadêmico posterior a ele, será possível identificar algumas influências. Há confiáveis vestígios de influência portuguesa, seja do projeto de 1861, refundido em 1864, do qual participou Levy Maria Jordão[324], seja da reforma de 1886, que modificaria o texto, de 1852, de inspiração francesa porém com traços brasileiros indiretamente recebidos (através do código espanhol de 1848). Assim, a expressa proibição de analogia (art. 1°) proviria do código português[325], tanto quanto a punibilidade dos atos de tentativa que constituam de *per se* delitos (art. 15)[326], ou ainda a atenuante do "exemplar comportamento anterior" (art. 42, § 9°)[327]. Igualmente nítida é a influência do código bávaro, claríssima na debatida escusa da completa perturbação dos sentidos e da inteligência (art. 27, § 4°)[328], ou nas regras sobre consumação e resultado (arts. 11 e12)[329], menos clara mas provável na violência física e coação moral irresistíveis (art. 27, § 5°)[330]. Duvidosa é a influência do código holandês de 1886, reivindicada ardentemente por Batista Pereira[331], no aspecto específico da unificação das penas privativas da liberdade, matéria na qual a legislação flamenga foi pioneira. Contudo, o código de 1890 previa nada menos do que quatro penas privativas de liberdade (prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar – art. 43), e mesmo considerando que a primeira delas era cominada à quase totalidade dos crimes e até a certas contravenções (p. ex. arts. 391 a 398), é meio forte afirmar que o código as unificara, salvo no sentido de que, no cotidiano da execução penal, os equipamentos penitenciários promoviam – e seguiram promovendo, até a unificação de fato que ocorrerá em 1985 – uma uniformização que desafiava a programação legal. A verdade é que, sem embargo do pontual registro de afinidades (que chegam a incluir os códigos russo, húngaro e alguns cantonais suíços como Zurich e Berna), e independentemente da atração comparativa exercida pelo importante e coevo código unitário italiano[332], o código penal de 1890 foi uma revisão do código criminal de 1830, influenciada aqui pelo código português, ali pelo bávaro, e talvez por alguns outros – porém – quanto a estes, ressalvado o óbvio impedimento diacrônico do italiano, as provas são insuficientes para conclusões peremptórias.

7. Já mencionamos a importância da programação criminalizante expressa em leis penais extravagantes na primeira República, eis que através delas é que se atingiam os alvos sociais do sistema penal. A defraudação do penhor agrícola, pela "alienação sem consentimento" ou pelo "desvio" da garantia, foi equiparada *quoad poenam* ao estelionato pelo dec. n° 169-A, de 19.jan.890 (art. 18, § 2°). A primeira alteração no código foi anterior à sua própria vigência: os artigos 205 e 206, que criminalizavam a greve[333], tiveram sua redação modificada pelo dec. n° 1.162, de 12.dez.890. As penas da greve seriam elevadas, mais tarde, pelos decs. n° 4.269, de 17.jan.921 (art. 9°) e n° 5.221, de 12.ago.927 (art. 1°), o último dos quais a tornou inafiançável. O dec. n° 774, de 20.set.890, editado vinte dias antes da promulgação do código penal, abolira as penas de galés e reduzira a 30 anos as penas perpétuas, dispondo ainda sobre prescrição e detração da prisão preventiva sobre a pena. O dec. n° 949, de 5.nov.890, alterado pelo dec. n° 18, de 7.mar.891, estabeleceria o Código Penal da Armada, inspirado essencial-

[321] Para os partidários da divisão bipartida, na linha do pensamento ilustrado, o crime ofendia um direito subjetivo anterior ao contrato social e protegido por ele, enquanto a contravenção não passava de infração a convenções policiais, secundárias e localizadas, puníveis ao argumento de uma prevenção utilitarista (à "falta de observância das disposições *preventivas* das leis e dos regulamentos" se referia o art. 8° CP 1890). Ao contrário, perante a divisão tripartida – que o código francês de 1810 disseminou por toda parte – a contravenção é apenas o estrato mais baixo de um *continuum*, que abrange também o delito e o crime, todos enlaçados por uma ilicitude substancialmente idêntica. Cf. Padovani, Tulio, *La Tradizione Penalistica Toscana nel Codice Zanardelli*, em Vinciguerra, Sergio, *I Codici Preunitari*, cit., pp. 397 ss.

[322] "O novo código aceitou a classificação binária do código da Itália" (Notas Históricas, cit., em Rev. Jur., cit., v. IV, p. 15).

[323] Por exemplo, Macedo Soares: "O Codigo Penal, seguindo o italiano, e a maioria dos códigos modernos, adoptou a divisão bipartida" (op. cit., p. 5). A improvável influência italiana é geralmente admitida: por todos, Bustos Ramirez, Juan e Valenzuela Bejas, Manuel, *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, B. Aires, 1981, ed. Depalma, p. 19.

[324] Cf. Correia, Eduardo, Direito Criminal, Coimbra, 1971, ed. Almedina, v. I, pp. 106 ss.

[325] Mais especificamente, de seu artigo 18; cf. Galdino Siqueira, op. cit., v. I, p. 40.

[326] Sobre tal dispositivo, dizia Costa e Silva: "o legislador pátrio, tendo copiado o artigo 12 do código português" (op. cit., p. 79).

[327] "A fonte deste parágrafo é o código português, artigo 39" (Macedo Soares, op. cit., p. 130).

[328] No texto de Feuerbach, art. 121, inc. 9.

[329] Extraídos, respectivamente, dos artigos 38 e 37 do código bávaro.

[330] As palavras sugerem inspiração na tradução francesa disponível do código bávaro (art. 121, incs. 7 e 8). Cf. Vatel, op. cit., p. 105. Mas a escusa já constava, com redação menos analítica, do código imperial (art. 10, § 3°).

[331] "O autor da revisão penal de 1890 (...) enveredou pelo caminho desbravado pelo código da Holanda (...) que resolvera o problema de modo original, admitindo uma única pena privativa de liberdade" (Notas Históricas, VII, pp. 264 e 265).

[332] Com ele dialogava intensamente Vieira de Araújo, João, O Código Penal Interpretado, Rio, 1901, ed. Imp. Nac., v. I, *passim*.

[333] Na linguagem de Batista Pereira, os dois dispositivos, que objetivavam "proteger o trabalho e assegurar a sinceridade e a liberdade dos contratos (...) levantaram suspeitas na classe operária" (Notas Históricas, XII, em Jurisprudência, cit., v. V, pp. 248 e 249).

mente no CP 1890; tal código, que previa a pena de morte (art. 39, al.*a*) por fuzilamento (art. 40), seria estendido ao Exército pela lei nº 612, de 29.set.899[334]. Um Regulamento Processual Criminal Militar foi editado em 16.jul.895 pelo Supremo Tribunal Militar, a partir de discutível autorização legislativa (dec. leg. nº 149, de 18.jul.893, art. 5º § 1º). A euforia emissora daquilo que viria a chamar-se *encilhamento* explica os crimes falimentares e de diretores de companhias (supressão ou adulteração de livros, desvio de ativos etc.) contidos no dec. nº 434, de 4.jul.891. A emissão não autorizada de títulos, e especialmente de debêntures, seria punida pelo dec. nº 177-A, de 15.set.893 (art. 3º). O furto de gado "de qualquer espécie", pesadelo do latifúndio após a abolição, converte-se em crime de ação penal pública (dec. nº 121, de 11.nov.892, art. 1º), punido com a mais elevada das penas cominadas ao furto (art. 3º), e seria inafiançável mais tarde (lei nº 628, de 28.out.899, art. 2º, inc. II). A lei nº 123, de 11.nov.892, equiparava ao contrabando a navegação de cabotagem não autorizada. Previa o CP 1890, dentro da lógica dos sistemas penais do capitalismo industrial, que os vadios que violassem o "termo de tomar ocupação dentro de 15 dias" seriam recolhidos, por 1 a 3 anos, em "colônias penais que se fundarem em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional" (arts. 399, § 1º e 400). O dec. nº 145, de 11.jun.893, dispunha que a pena de "prisão correcional será cumprida em colônias fundadas pela União ou pelos Estados" para a "reabilitação" de "mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros". Da matéria tratariam ainda a lei nº 947, de 29.dez.902, o dec. nº 4.753, de 28.jan.903, o dec.leg. nº145, de 12.jul.903 e o dec. nº 1.872, de 29.mai.908, porém o desenho institucional mais completo está no dec. nº 6.994, de 19.jun.908, que reorganizou a Colônia Correcional de Dous Rios, na Ilha Grande, e alterou o código penal quanto à definição de "vadios, mendigos válidos, capoeiras e desordeiros" (arts. 51 e 52), bem como as penas a eles aplicáveis" (arts. 53 a 57). Em São Paulo, a colônia correcional foi construída na Ilha dos Porcos, hoje Anchieta, em Ubatuba. A lei nº 452, de 3.nov.897 (regulamentada pelo dec. nº 2.742, de 17.dez.897) equiparava ao contrabando o fabrico ou importação de rótulos que fizessem passar bebidas e outros produtos nacionais por estrangeiros. A lei nº 496, de 1º.ago.898, criminalizava a contrafacção de obra literária, científica ou artística (arts. 19 ss), inovando a matéria, já contida no CP 1890 (arts. 342 ss). A já citada lei nº 628, de 28.out.899, tornava pública a ação penal por furto (delito que, no CP 1890, ao lado do dano – em ambos, quando não houvesse prisão em flagrante – exceptuava-se à ação por denúncia do Ministério Público – art. 407, § 2º), tornava inafiançável o "furto de animais nas fazendas, pastos ou campos de criação ou cultura" (art. 2º, inc. II), e dispunha sobre processo (especialmente prisão em flagrante). Regulamentando o artigo 5º dessa lei, o dec. nº 3.475, de 4.nov.899, disciplinava a fiança, à qual não teriam direito, mesmo quando a única pena cominada ao delito fosse a multa, os réus "vagabundos ou sem domicílio" (art. 6º). A abolição, pela Constituição de 1891,

[334] Sobre ele, Esmeraldino Bandeira, Curso de Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. F. Alves; Crysolito de Gusmão, Direito Penal Militar, Rio, 1915, ed. Jacintho; Macedo Soares, Oscar, Código Penal Militar, Rio, 1902, ed. Garnier.

da pena de banimento judicial (art. 72, § 20) responde pela lei nº 1.062, de 20.set.903, que cominou ao crime de sedição (art. 107 CP 1890), substituindo a sanção constitucionalmente vedada, a pena de reclusão, aperfeiçoando-lhe ainda a redação (substituição da expressão "co-réus" por "coautores", ressalvando assim, como notaria Hungria, que "os cúmplices *stricto sensu* ficariam sujeitos à regra geral do artigo 64 do Código")[335]. Alterando a disciplina liberal do CP 1890, que preconizava a entrega dos inimputáveis ("isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental" – art. 29) às respectivas famílias, ou seu recolhimento a hospital de alienados caso o exigisse a "segurança do público", o dec. nº 1.132, de 21.nov.903, que reorganizou a "assistência a alienados", criava "manicômios criminais" para "alienados delinquentes". O dec. nº 4.780, de 2.mar.903, criara no Distrito Federal a Escola Correcional XV de Novembro; um ano antes, criara-se em São Paulo o Instituto Disciplinar; a infância pobre e desempregada ganhava os espaços de sua institucionalização republicana. O dec. nº 1.236, de 24.set.904, versava os crimes de violação de marcas de indústria e comércio (arts. 13 ss), modificando a disciplina do dec. nº 3.346, de 14.out.887 (que, por seu turno, tinha como precedente o dec. nº 2.682, de 23.out.875). A lei nº 1.102, de 21.nov.903, que disciplinou os armazéns gerais, criminalizou a emissão irregular de conhecimentos de depósito e *warrants* (art. 35). A partir de autorização legislativa constante do dec.leg. nº 1.631, de 3.jan.907, os serviços policiais no Distrito Federal foram reorganizados através do dec. nº 6.440, de 30.mar.907. Neste diploma, cabe destacar as meticulosas instruções para realização dos exames periciais: o cientificismo presente em tais disposições faz com que todo o título VII do decreto, concernente ao Serviço Médico-Legal (arts. 70 a 121), ocupe nada menos que trinta páginas de livro! Para a identificação criminal adotou-se "o método instituído por D. Juan Vucetich" (art. 127), e para que a fotografia de alguém integrasse a "galeria dos ladrões" eram necessárias duas condenações firmes. Criavam-se ainda o Boletim Policial, com uma "parte doutrinária" submetida à "orientação do chefe de Polícia" (art. 174), a inspetoria de polícia marítima, a inspetoria de veículos e o depósito de presos, bem como o regimento de custas policiais: uma "licença para ensaios carnavalescos" custava 5$000 (art. 232). A questão dos imigrantes, que já fora tratada pelo dec. nº 1.565, de 13.out.893 (o qual proibia o ingresso de doentes, mendigos, vagabundos ou suspeitos) recrudesce com o dec. nº 1.641, de 7.jan.907, conhecido por lei Adolpho Gordo[336], regulamentado pelo dec. nº 6.486, de 23.mai.907. Interessam ainda à questão dos imigrantes os decretos nº 2.741, de

[335] Hungria, Nelson (colab. Lyra, Roberto) Compêndio de Direito Penal, P.E., Rio, 1936, ed, Jacyntho, p. 67.

[336] Quinze anos depois, quando dos trabalhos legislativos da lei de imprensa, Lima Barreto se referiria à "perfeição torquemadesca, em matéria de legislar", de Adolpho Gordo (Prosa Seleta, Rio, 2001, ed. N. Aguilar, p. 870). Sobre os abusos cometidos na expulsão de imigrantes, cf. Medeiros de Menezes, Lená, Os Indesejáveis, Rio, 1996, ed. UERJ. Para o cotidiano dos imigrantes no meio rural, cf. Alvim, Zuleika, Imigrantes: a vida privada dos pobres do campo, em Novais, Fernando A. (org.) História da Vida Privada no Brasil, cit., v. 3, pp. 215 ss.

8.jan.913, e nº 4.247, de 6.jan.921: este último, que elevava de 2 para 5 anos o prazo de residência, proibia o ingresso de aleijados e cegos e cominava pena de prisão por 2 anos, seguida de nova expulsão, ao expulso que regressasse (art. 6º). O canhoneio das muitas batalhas judiciais sobre a legalidade e mesmo a constitucionalidade das expulsões seria silenciado pela reforma constitucional de 1926, que introduziu no rol das garantias uma curiosíssima garantia individual pelo avesso[337]. Revogando o dec. nº 1.785, de 28.nov.907, que dispusera sobre o assunto, o dec. nº 2.110, de 30.set.909 reformou a disciplina legal do peculato (arts. 1º a 5º), estabelecendo a comunicabilidade para coautores e partícipes não qualificados (art. 6º), e ainda tratou da moeda falsa e da falsidade de títulos públicos, selos, outros documentos de arrecadação pública, e até bilhetes de estradas de ferro (art. 21). O mesmo assunto seria retomado pelo dec. nº 4.780, de 27.dez. 923, incluindo o núcleo "se apropriar" no peculato (art. 1º), ampliando a falsidade documental, que alcançaria a ideológica em documento particular (art. 25) e o atestado médico de favor (art. 28), e criminalizando a interceptação de comunicação governamental telegráfica ou telefônica (art. 30, § 1º). Este decreto se ocupou ainda de prescrição (arts. 33 ss) e de processo (arts. 40 ss), mas convém realçar nele a alteração da polêmica cláusula do CP 1890 (art. 27, § 4: de "*privação*" para "*perturbação*" dos sentidos e da inteligência) pelo artigo 38, e a alteração na disciplina do crime continuado (art. 66, § 2º CP 1890) – que introduziria, até 1940, um conceito objetivo-subjetivo que postula "*uma só resolução*" – pelo artigo 39. Uma lei orçamentária (nº 2.321, de 30.dez.910) retornava à criminalização de rifas e loterias não autorizadas (art. 31). O dec. nº. 2.416, de 28.jun.911, dispunha sobre extradição – inclusive de brasileiros (art. 1º) – e sobre aplicação extraterritorial da lei penal brasileira (arts. 13 e 14). O dec. nº 2.591, de 7.ago.912, sujeitava a multa de 10% quem emitisse cheque sem fundos (art. 7º): uma ressalva acerca de "outras penalidades" em que pudesse o emitente incorrer, com menção ao estelionato, foi o bastante para Vicente Piragibe vir a consolidar o texto, solução mantida no Código de 1940. Ao amplo espectro da prevaricação (arts. 207 ss CP 1890) equiparou-se a falsa perícia sobre invalidez de funcionários, pela lei nº 2.924, de 5.jan.915. Por vezes associada à questão dos imigrantes, o lenocínio e alguns delitos sexuais são objeto da lei nº 2.992, de 25.set.915[338], que alterou os artigos 266, 277 e 278 do CP 1890. De alguns crimes eleitorais trataram o dec. nº 12.193, de 6.set.916, e a lei nº 4.226, de 30.dez.920. Cabe mencionar a promulgação do Código Civil, pela lei nº 3.071, de 1º.jan.916. A lei nº 4.242, de 5.jan.921, regulamentada pelo dec. nº 16.272, de 20.dez.923, elevou a inimputabilidade para 14 anos e autorizou a criação de um serviço de assistência à infância "abandonada e delinquente", dando início a um processo legiferante (o dec. nº 16.388, de 27.fev.924,

[337] Art. 72, § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do território nacional os subditos estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses da República.

[338] Sobre prostituição e sistema penal na primeira República, Evaristo de Moraes, Ensaios de Pathologia Social, Rio, 1924, ed. F. Bastos, pp. 139 ss (com ampla informação sobre o tratamento do assunto na França) e Reminiscências de um Rábula Criminalista, Rio, 1922, ed. L. Ribeiro, pp. 57 ss; cf. também Soares, Luiz Carlos, Rameiras, Ilhoas, Polacas..., S. Paulo, 1992, ed. Ática; Kushnir, Beatriz, Baile de Máscaras, Rio, 1996, ed. Imago.

regulamenta o conselho de assistência e proteção aos menores; o dec. nº 16.444, de 27.abr.924, dispõe sobre o abrigo de menores do Distrito Federal) que, passando pelo dec. leg. nº 5.083, de 1º.dez.926, culminará no Código de Menores (dec. nº 17.493-A, de 12.out.927). Para além de generalizar arraigadamente, até hoje, o uso linguístico forense de nomear como "menor" a criança ou o adolescente pobre, tal diploma criminalizou o abandono, a exposição a perigo, e – em quatro figuras que o CP 1940 reuniria numa só – os maus-tratos. Da repressão ao anarquismo se ocupou o dec. nº 4.269, de 17.jan.921, criminalizando a incitação a dano, depredação e incêndio, a posse ilícita de dinamite, a apologia do anarquismo ou o elogio de anarquistas, bem como, já o notamos, elevando as penas da greve. O dec. nº 4.743, de 31.out.923, que pretendia "regular a liberdade de imprensa", se por um lado teve o mérito de recuperar a responsabilidade sucessiva (art. 10), abandonada pelo CP 1890, por outro participa intensamente da repressão ao anarquismo – crosta superficial do controle penal da classe operária em vias de organização –, criminalizando a apologia ao movimento, a publicação de segredo de Estado (art. 2º), ofensas ao presidente da República (art. 3º) ou "à moral pública e aos bons costumes" (art. 5º), e prevendo a expulsão "administrativamente" quando se tratasse de estrangeiro (art. 1º, § 1º). Ligados à repressão do anarquismo foram também os decretos nº 5.221, de 12.ago.927 (que, além de aumentar a pena para a greve, permitia a interdição de agremiações, sindicatos, centros etc.) e nº 5.373, de 12.dez.927 (alterando penas, criminalizando a fabricação de bombas). Intercorrentemente legislara-se sobre embriaguez (dec. nº 4.294, de 6.jul.921), sobre processo e julgamento do crime de sedição (dec. nº 4.848, de 13.ago.924), e novamente sobre violação de marcas de indústria e comércio (dec. nº 16.264, de 19.dez.923). O dec. nº 16.588, de 6.set.924, introduzira a suspensão condicional da execução da pena, e o dec. nº 16.665, de 6.nov.924, jurisdicionalizou o livramento condicional, anteriormente em mãos do Poder Executivo (art. 51 CP 1890), ainda que de quebra franqueasse à polícia revistar "estalagens, hospedarias e tavernas" (art. 17). O dec. nº 4.861, de 29.set.924, dispôs sobre prescrição de crimes políticos, estabelecendo a imprescritibilidade do réu homiziado ou residente no exterior (art. 3º). Pelo dec. nº 17.231, de 26.fev.926, entrou em vigor o Código de Justiça Militar, em substituição ao Regulamento Processual de 1895. O dec. nº 17.313, de 12.mai.926, punia a adulteração de adubos químicos. Do abandono de cargo público tratou o dec. nº 5.240, de 19.ago.927. Alguns delitos contra índios, que deviam considerar-se "sempre como praticados por superior contra inferior" (art. 23) para fins de agravação da pena, foram previstos pelo dec. nº 5.484, de 27.jun.928. A alteração da lei de falências pelo dec. nº 5.746, de 9.dez.929, implicou mudanças nos crimes falimentares (arts. 168 ss). O dec. nº 5.776, de 16.jun.930, criminalizou abusos na radiodifusão. Sobre a criminalização de drogas ilícitas, remetemos ao minucioso levantamento da legislação pertinente já realizado[339]. Por fim, recorde-se que a reforma constitucional de

[339] Cf. Batista, Nilo, Política criminal com derramamento de sangue, em DS-CDS, nº 5/6, pp. 77 ss; também Carvalho, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio, 1996, ed. Luam.

1926, reduzindo o campo de abrangência do *habeas corpus* à "liberdade de locomoção", coarctou uma criativa teoria brasileira que outorgara ao *writ* abrangência bem adequada ao autoritarismo da república oligárquica[340].

8. O carrascal de leis penais extravagantes, com ou sem alteração no texto do código, de que presta contas o arrolamento não exaustivo do parágrafo anterior, levou alguns autores – como Eugênio Cunha e Alvarenga Netto – a publicarem compilações para uso forense. O mais completo desses trabalhos, um *Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor,* de autoria do Des. Vicente Piragibe, que com paciência beneditina preservou a estrutura articulada do código, enxertando-lhe os acréscimos e alterações, seria oficializado como *Consolidação das Leis Penais*, através do dec. nº 22.213, de 14.dez.932[341]. Nessa ocasião, uma comissão – integrada por Virgílio de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira – dedicava-se à revisão do projeto de código penal de autoria do primeiro deles[342], que não lograria converter-se em lei. Anteriormente, frustraram-se em 1913 o projeto de Galdino Siqueira, sequer examinado pelas casas legislativas[343], e em 1893 o projeto de revisão do CP 1890, elaborado pelo então deputado Vieira de Araújo, cuja tramitação, estimulada por um substitutivo do próprio professor do Recife de 1897, paralisara-se em 1899, mesmo após aprovado pela Câmara dos Deputados.

9. A programação criminalizante da primeira República espelha, com evidência didática, as contradições de um sistema penal que participa decisivamente da implantação da ordem burguesa porém traz consigo, e reluta em renunciar a ela, a cultura da intervenção corporal inerente ao escravismo[344].

[340] Cf. Pontes de Miranda, História e Prática do Habeas Corpus, Rio, 1972, ed. Borsói, v. I, pp. 159 ss; Tavares Bastos, José, O Habeas Corpus na República, Rio, 1911, ed. Garnier; Koerner, Andrei, Habeas Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil, S. Paulo, 1999, ed. IBCCrim.

[341] Piragibe, Vicente, Consolidação das Leis Penais, Rio, 1933, ed. J. do Commercio.

[342] Sá Pereira, Des. Virgílio de, Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio, 1928, ed. Imp. Nac. Em 1927, Sá Pereira publicara apenas a Parte Geral.

[343] Galdino Siqueira, Projeto de Codigo Penal Brazileiro, Rio, 1913, ed. J. do Brasil.

[344] Duas boas metáforas desta permanência estão: 1ª) na descrição que um delegado de polícia faz, em 1892, de uma jovem negra indiciada por furto, como se descrevesse uma escrava, ressaltando seus "bons dentes" (Boris Fausto, Crime e Cotidiano, S. Paulo, 1984, ed. Brasiliense, p. 54); 2ª) na saudade dos açoites, manifestada expressamente por um dos fundadores da Escola de Polícia dois anos antes de sua fundação: ao fracasso da "regeneração pelo trabalho" caberia reagir com a "moralização pelo gato de nove caudas" (Elysio de Carvalho, op. cit., p. 53). Significativamente, Elysio de Carvalho pode ser considerado também o fundador da investigação privada no Brasil, em papel similar ao de Vidocq na França (sobre este, cf. Kalifa, Dominique, *Naissance de la police privée*, 2000, ed. Plon), com sua Agência de Informação e Pesquisa, criada em 1913. Sobre ele, Tórtima, Pedro, Polícia e Justiça de Mãos Dadas: a Conferência Judiciária Policial de 1917, Niterói, 1988, mimeo, dissertação de mestrado UFF-ICHF, pp. 249 ss.

Esquematicamente, poderíamos ensaiar uma descrição das estratégias de tal sistema penal a partir da própria concepção, cara ao positivismo e por sua iniciativa inscrita na bandeira republicana, de ordem. Encontraríamos, assim, a criminalização direcionada à configuração e preservação de lugares sociais, cujas bem delimitadas fronteiras não poderiam ser ultrapassadas, funcional ou mesmo territorialmente. Enquanto cumprisse resignadamente suas intermináveis jornadas de trabalho na fábrica[345], o operário estava em seu lugar, confortado pelo oportuno discurso ético-jurídico que associa trabalho à honestidade e ociosidade à corrupção[346]. Qualquer transposição das fronteiras deste lugar é perigosa: se um mero acidente de trabalho tende a ser interpretado, numa espécie de lombrosianismo caricatural, como uma predisposição à autovitimização[347], o operário que se interesse pelo anarquismo ou pelo comunismo, ou se filie ativamente a uma associação de fins reivindicatórios ingressa numa zona de suspeição, que poderá materializar-se como criminalização secundária na simples greve de que participe. Enquanto permanecessem confinadas na zona que uma explícita geopolítica criminal lhes destinara[348], as prostitutas estavam em seu lugar, amparadas por um curioso discurso ético-jurídico que lhes reconhece uma "utilidade social"[349]; fora daí, passavam a constituir um escândalo, que a imprensa denunciaria e a polícia reprimiria severamente[350], ou uma ofensa à saúde pública, como se vê na cruel comparação de Hungria[351]. Gizlene Neder aprofundou o estudo da territorialização ordenatória no Rio, encontrando o que designou por *cidade quilombada* e *cidade europeia*, separadas por um *paredão da ordem*[352]. Ambiguamente autorizadas por um decreto municipal[353], que excetuava da proibição de construírem-se "barracões toscos" os "morros que não tiverem habitação", as favelas começavam a configurar-se como resi-

[345] Em 1906, na fábrica têxtil do Ipiranguinha, em São Bernardo, a jornada era de treze horas, com intervalo de uma para o almoço (Carone, Edgard, Movimento Operário, cit., v. I, p. 52).

[346] Sobre esse discurso se detêm Gizlene Neder (Discurso Jurídico e Ordem Burguesa, cit., pp. 51 ss) e Sidney Chalhoub (Trabalho, Lar e Botequim, cit., pp. 71 ss).

[347] Eulália Maria Lahmeyer Lobo detectou a persistência da culpabilização dos operários pelos acidentes de trabalho ainda nos anos trinta (Rio de Janeiro Operário, cit., pp. 63-64).

[348] Na Conferência Judiciária-policial de 1917, o grande foro das políticas criminais da primeira República, tocou a Aurelino Leal relatar a matéria. Cf. Tórtima, Pedro, Polícia e Justiça de Mãos Dadas, cit., p. 245; ou cf. o representativo extrato deste trabalho em DS-CDS 2/253.

[349] Formulado explicitamente na Conferência Judiciária-policial de 1917, este discurso sobreviveria no direito penal brasileiro: a prostituição como "mal necessário" em Hungria, Comentários, cit., v. VIII, p. 260.

[350] Cf. o caso exemplar narrado por Evaristo de Moraes, Reminiscências, cit., pp. 57 ss.

[351] "O que era um abcesso de fixação tornou-se uma septicemia generalizada" – Comentários, cit., v. VIII, p. 262.

[352] Neder, Gizlene, Cidade, identidade e exclusão social, em Tempo, Rio, 1997, ed. R. Dumará, v. 2, nº 3, pp. 106 ss.

[353] Dec. nº 391, de 10.fev.903.

dência de uma pobreza já associada à infração[354], cujos deslocamentos que se distraíssem do itinerário da fábrica, do comércio ou dos serviços domésticos atrairiam igualmente suspeição. Estabelecidos os lugares sociais de seus alvos, o sistema penal da primeira República reagia às transgressões com basicamente duas sortes de medidas, proscritivas ou institucionalizantes. As medidas de natureza proscritiva estão representadas na construção de colônias em "ilhas marítimas" (art. 400 CP 1890), na expulsão de imigrantes e cáftens, no desterro dos revoltosos da Vacina para o Acre, no degredo de capoeiras ou oposicionistas políticos para Fernando de Noronha, bem como de oficiais sublevados para a ilha de Trindade – tudo isto, apesar da interdição constitucional da pena de banimento, garantia suspensa pelos subsequentes estados de sítio decretados. A amplitude da mentalidade proscritiva já se delineara, pelo avesso, na obstinada relutância positivista quanto à imigração de chineses[355]. As medidas de natureza institucionalizante adquirem uma especialização, que se submete à nascente criminologia resultante do encontro entre os saberes médicos e as técnicas policiais: ao lado de uma penitenciária que pretende avocar-se a tarefa de adestrar para o trabalho, os asilos da mendicidade inválida, as colônias correcionais para "vadios, mendigos válidos, capoeiras e desordeiros", os abrigos de "menores", os manicômios judiciários, tudo isso como que refletindo a "classificação" dos criminosos então em voga, ensinada aos policiais, na sua escola, numa disciplina intitulada "História Natural dos Malfeitores". A par da criminalização, o sistema penal da primeira República aprimora a vigilância. Em nome do princípio positivista da liberdade de profissões, Miguel Lemos protesta junto ao ministro do Interior, em 6 de fevereiro de 1890, contra um regulamento para o serviço doméstico editado pela Intendência Municipal do Rio[356], mas em 1914 uma lei municipal paulistana, a pretexto sanitário, impõe o registro das empregadas domésticas[357]. Vigilância e até matrícula das prostitutas provinham do Império, porém a especialização (polícia de costumes) incrementará sua prática. A espionagem policial de associações operárias é uma constante em todo o período. O padrão liberal de vigilância, aquele inspetor de quarteirão que devia "vigiar sobre a prevenção dos crimes", admoestando os desordeiros e reportando-se ao juiz de paz, criado pelo código de processo imperial (art. 18, inc. 1º), fragmenta-se em núcleos especializados e principalmente desregulamentados, que se reportam, sem fórmulas legais a observar, e sem controle crítico sobre seus levantamentos, aos mais altos escalões das agências policiais. A questão

[354] Em 1906, um urbanista, Backheuser, referindo-se à favela (atual Providência) dizia que "ali não moram apenas os desordeiros, os facínoras". *Apud* Benchimol, Jaime, op. cit., p. 291.

[355] Cf. a carta de Miguel Lemos a Quintino Bocayuva, de 29.out.881, em Paim, Antônio, O Apostolado Positivista e a República, Brasília, 1981, ed. UnB, p. 13.

[356] Antônio Paim, op. cit., p. 69.

[357] Cf. Boris Fausto, Crime e Cotidiano, cit., p. 150.

social era definitivamente um caso de polícia, e o manifesto da União dos Operários em Construção Civil de 1920 ("Contra a Cadeia, pela Escola"), recusando construir mais prisões[358], representava o contraponto político mais lúcido e consequente. Se o proletariado dava os primeiros passos para organizar-se e reconhecer-se como classe, num enfrentamento diuturno e frequentemente sangrento, os alvos desclassificados daquele sistema penal, que ousassem ultrapassar as fronteiras de seus lugares sociais, eram quase passivamente vigiados e criminalizados, e suas improvisadas estratégias de autoproteção não dispunham de eficácia muito superior às velhas orações para "fechar o corpo"[359], invocando um São Jorge algo africanizado, e ainda sob os riscos da feitiçaria, prevista em lei (art. 157 CP 1890) e versada pela Conferência Judiciária-policial[360].

IV. O Código Penal de 1940

1. A história do código de 1940 e do sistema penal que se constituiu tomando-o como referência programadora axial tem raízes no conjunto de transformações implantadas a partir da chamada revolução de 1930. Politicamente, 1930 exprime uma reação contra o federalismo exacerbado da primeira República, que se materializara na "política de governadores" apoiada no mandonismo local dos "coronéis"; tal reação, portanto, implicaria não apenas uma forte centralização de poder, acompanhada da necessária reestruturação administrativa, mas também a submissão a este novo poder público de um conjunto de conflitos anteriormente dirimidos em âmbitos privados. Economicamente, 1930 marca a ruptura com a teoria liberal do estado *gendarme* – que Nélson Hungria saborosamente comparará "a um guarda noturno modorrento, que só desperta a um rumor mais alto e se limita a soprar no seu apito assustadiço e inócuo"[361] – e a consequente implantação de um estado intervencionista[362]. A crise internacional, o esgotamento do modelo agro-exportador e a superação da mentalidade

[358] Cf. Gizlene Neder, Discurso Jurídico, cit., p. 95.

[359] Wissenbach, Maria Cristina Cortez, Da escravidão à liberdade: dimensões de uma privacidade possível, em Fernando Novais (org.) História da Vida Privada, cit., p. 127.

[360] Sobre o assunto, cf. Maggie, Yvonne, Medo do Feitiço: Relações entre Magia e Poder no Brasil, Rio, 1992, ed. Arq. Nac.

[361] O Direito Penal no Estado Novo, em RF 85/265ss.

[362] A criação do Conselho Nacional do Café (1931), do Instituto do Açúcar e do Álcool (1933), do Conselho Nacional do Petróleo (1938), do Instituto do Mate (1938), do Conselho de Águas e Energia (1939), do Instituto do Sal (1940), da Comissão Executiva do Plano Siderúrgico Nacional (1940), do Instituto do Pinho (1941), da Comissão de Combustíveis e Lubrificantes (1941), do Conselho Nacional de Ferrovias (1941) e da Comissão do Vale do Rio Doce (1942), bem como o protagonismo do próprio Estado na produção de base (Companhia Siderúrgica Nacional, 1941; Companhia Nacional de Álcalis, 1943; Companhia Hidrelétrica do São Francisco, 1945) revelam a extensão deste esforço. Na contramão desta linha, um relatório de Eugênio Gudin, propondo "a suspensão

ufanista que nos restringia ao papel dependente de fornecedores inexauríveis de matéria-prima[363] conduzirá a um surto industrial cujo ritmo só seria contido pela eclosão da guerra. "A produção de bens de capital, medida em termos de ferro, aço e cimento, recomeçou a crescer já em 1931, e em 1932 aumentara de 60% em relação a 1929; a produção industrial, de modo geral, cresceria 50% entre 1929 e 1937"[364]. Dos 49.418 estabelecimentos industriais registrados pelo censo de 1940, 34.691 haviam sido fundados após 1930[365]. Ao mesmo tempo em que credores estrangeiros do Brasil eram levados a aceitar "cortes drásticos de seus créditos", como em 1934, 1940 e 1944[366], inúmeras medidas de proteção ao parque industrial brasileiro eram adotadas, preconizando-se a substituição de importações[367] – ainda que frequentemente isso correspondesse à mera montagem de componentes fabricados no exterior. Socialmente, 1930 é sobretudo o ponto de partida para a "incorporação da classe trabalhadora ao cenário político da sociedade brasileira"[368], ainda que tal classe não haja participado – à parte algumas manifestações públicas favoráveis – das articulações que tornaram vitorioso o movimento[369]. A incorporação do proletariado foi

gradual do mecanismo de intervenção do Estado na economia, a fim de garantir o livre jogo das forças do mercado" (Diniz, Eli, O Estado Novo: Estrutura de Poder e Relações de Classes, em Fausto, Boris (org.) História Geral da Civilização Brasileira – O Brasil Republicano, S. Paulo, 1981, ed. Difel, t. III, p. 116), outorga-lhe a duvidosa glória de ter sido o nosso Hayek (cf. Hayek, Friedrich August von, O Caminho da Servidão, trad. A.M. Capovilla *et alli*, Rio, 1990, ed. Inst. Liberal).

363 A superação de tal mentalidade – que contrapunha um Brasil *natural* grandioso a um Brasil *humano* deprimente – em discursos da época é trabalhada por Castro Gomes, Ângela, A Invenção do Trabalhismo, Rio, 1994, ed. R. Dumará, pp. 177ss.

364 Sola, Lourdes, O Golpe de 37 e o Estado Novo, em AA.VV. Brasil em Perspectiva, cit., p. 263; cf. também Furtado, Celso, Formação Econômica do Brasil, cit., p. 231; Mendonça, Sônia Regina de, As bases do desenvolvimento capitalista dependente, em Linhares, M. Yedda (org.) História Geral do Brasil, cit., pp. 243 ss.

365 Diniz, Eli, op.cit., p. 90.

366 Caio Prado Júnior, História Econômica do Brasil, cit., p. 297. De uma dívida pública externa de 235 milhões de libras esterlinas em 1930 (na República velha, os Estados da federação podiam tomar empréstimos externos sem licença prévia da União), reconheceram-se apenas 130 milhões, posteriormente liquidados por compensação de exportações não pagas. A substituição de importações retomava os princípios da lei do similar nacional, que na fundação da República Rui Barbosa, sem sucesso, fizera aprovar (cf. Furtado, Celso, O Longo Amanhecer, Rio, 1999, ed. Paz e Terra, p. 113).

367 Exemplos em Fausto, Boris, A Revolução de 1930, S. Paulo, 1997, ed. Cia das Letras, p. 68.

368 Castro Gomes, Ângela, A Invenção do Trabalhismo, cit., p. 293.

369 Sobre as forças políticas e sociais que se mobilizaram para 1930, cf. Fausto Boris, A Revolução de 1930, cit., *passim* e Skidmore, Thomaz, Brasil: de Getúlio a Castelo, S. Paulo, 1979, ed. Paz e Terra, pp. 27 ss. Mais do que exigência de uma burguesia industrial dissociável da agro-exportadora, que não se pode reconhecer à época (Octavio Ianni menciona uma "metamorfose do capital agrário em capital industrial": O Colapso do Populismo no Brasil, Rio, 1971, ed. Civ. Bras., p. 26), a industrialização era um tópico destacado do planejamento estratégico das Forças Armadas.

instrumentalizada pela legislação previdenciária – que das Caixas de Previdência, em 1931, chegaria aos Institutos de Aposentadoria e Pensões das diversas categorias profissionais, envolvendo assistência médica e programas habitacionais[370] –, pela organização sindical, implantada a contragosto das oligarquias regionais, e pelas leis trabalhistas que culminarão na criação da Justiça do Trabalho e na edição da Consolidação das Leis do Trabalho[371]. Paralelamente à configuração dessa nova economia nacional, que desloca seu centro de gravidade das atividades agro-exportadoras para a industrialização, edifica-se um Estado intervencionista e previdenciário. As cidades – onde a educação pública primária reduzirá o analfabetismo[372], onde agora também as mulheres votam[373] – começam a crescer, na razão direta da oferta de postos de trabalho industriais. Ao mesmo tempo, nos anos trinta "as grandes correntes ideológicas que dividiam o mundo contemporâneo penetravam no país"[374], e influenciariam muito nosso processo político interno.

2. A literatura jurídica brasileira, em geral, promove uma simplificação grosseira em sua análise do período que vai de 1930 a 1945, detendo-se na casca aparente das formas políticas, especialmente no caráter ditatorial do Estado Novo[375]. Não sur-

370 Até 1930, praticamente só os ferroviários e os portuários dispunham de uma Caixa de Previdência. Cf. Ribeiro, José Augusto, A Era Vargas, Rio, 2001, ed. Casa Jorge, v. I, p. 104.

371 Dec.lei nº 5.452, de 1º.mai.43. Uma síntese desse processo legislativo assinalaria a jornada de 8 horas com repouso semanal obrigatório para industriários e comerciários (1932), jornada de 6 horas para bancários (1932), a criação de Juntas e Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento (1932), convenções coletivas de trabalho (1932), limites ao trabalho de mulheres e menores (1932), instituição de assistência médica nas Caixas de Aposentadoria e Pensões (1932), férias anuais remuneradas para comerciários, bancários e industriários (1933), criação de Caixas ou Institutos de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (1933), dos trabalhadores em trapiches e armazéns de café (1934), estivadores (1934), comerciários (1934), bancários (1934) e industriários (1936), reforma e ampliação da lei sobre acidentes de trabalho (1934), indenização por despedida injusta (1935), salário mínimo (1936; a primeira tabela entraria em vigor em 1940), instituição da Justiça do Trabalho (1939) e reorganização sindical (1939-1940).

372 Skidmore, op. cit., p. 54.

373 Dec. nº 21.076, de 24.fev.32 (art. 2º: É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código). Tal decreto instituiu a Justiça Eleitoral, com uma estrutura cujas linhas gerais ainda subsistem hoje.

374 Fausto, Boris, A Revolução de 1930, cit., p. 151.

375 Por exemplo, uma exclusiva influência fascista da *Carta del Lavoro* sobre a legislação sindical e trabalhista (também por exemplo, Romita, Arion Sayão, Justiça do Trabalho: produto do Estado Novo, em Pandolfi, Dulce (org.) Repensando o Estado Novo, Rio, 1999, ed. FGV, pp. 95 ss) ignora não só uma indescartável influência francesa, como também os compromissos socialistas da assessoria do ministro Lindolfo Collor (Joaquim Pimenta, Evaristo de Moraes, Agripino Nagaré e Carlos Cavaco) ou o nível técnico-jurídico da assessoria do ministro Alexandre Marcondes Filho (Arnaldo Sussekind, Oscar Saraiva, Segadas Vianna). Em outras áreas dá-se algo similar: Mário de Andrade, Lúcio Costa, Alceu Amoroso Lima, Carlos Drummond de Andrade, Cândido Portinari, Heitor Villa-Lobos e Anísio Teixeira foram colaboradores do ministro Gustavo Capanema.

preende que seja assim, porquanto mesmo entre historiadores e cientistas políticos a complexidade daqueles acontecimentos desafia ainda hoje interpretações simplistas, que não logram compreendê-los por completo e vêm sendo questionadas[376]. Não nos deteremos sobre a interpretação que se vale da categoria do *populismo*[377], que só reflexamente afeta os campos da programação criminalizante e do sistema penal que a dota de eficácia. Ao contrário, estes campos são diretamente afetados pela interpretação que trabalha com a categoria do *totalitarismo*[378]. Mesmo renunciando a discutir a produção histórica desta categoria[379], cabe-nos constatar facilmente alguns equívocos nos quais seus defensores têm que incidir para sustentá-la, sem embargo dos muitos méritos de seus trabalhos. Circunscrevendo-nos à obra de Elizabeth Cancelli, encontramos a afirmação de que em 1930 estão as raízes "de uma polícia que rompeu todos os seus vínculos de solidariedade com a comunidade"[380]. Não seria necessário provar a existência anterior desses "vínculos de solidariedade com a comunidade", cabalmente desmentidos – entre outros – pelos estudos de Holloway no século XIX e de Gizlene Neder ou Marcos Bretas na primeira República? Os populares que em São Paulo atacaram a delegacia policial de Cambuci, em outubro de 1930, não pareciam acreditar muito nesses vínculos[381]. Em outro trabalho, a Autora, após registrar corretamente que a vadiagem e a mendicância passaram a ser punidas com prisão de 15 dias a 3 meses[382], afirma que "quando havia reincidência, entretanto, poderia haver reclusão de 1 a 5 anos em colônia penal", concluindo que "os castigos haviam se tornado mais severos"[383]. Ainda que ignorássemos os decretos através dos quais Getúlio Vargas indultou todos os condenados e todos os acusados por vadiagem e

[376] Assim, Ferreira, Jorge, Trabalhadores do Brasil, Rio, 1997, ed. FGV.

[377] Representada por Octavio Ianni (op. cit.) e Francisco Weffort (O Populismo na Política Brasileira, Rio, 1980, ed. Paz e Terra). Este último não deixa de reconhecer que o processo em 1930 foi "a expressão mais completa da emergência das classes populares", que a partir de então conseguiu externar "suas insatisfações"(pp. 61 e 62). Para as insuficiências da teoria do populismo, cf. Laclau, Ernesto, Política e Ideologia na Terra Marxista, Rio, 1979, ed. Paz e Terra, e Cerqueira Filho, Gisálio, A Questão Social no Brasil, Rio, 1982, ed. Civ. Bras. Nas tendências criminológicas mais atrasadas e policialescas ainda se evoca hoje a categoria do populismo (Teixeira, Ib, A Violência sem Retoque, Rio, 2002, ed. Universidade, pp. 47 ss).

[378] Representada por Lenharo, Alcir, Sacralização da Política, Campinas, 1986, ed. Unicamp-Papirus e Cancelli, Elizabeth, O Mundo da Violência, Brasília, 1994, ed. UnB.

[379] Cesar Guimarães assinala que a noção de *totalitarismo* passou a ser empregada no pós-guerra por "setores da academia e do *establishment* americanos para unificar os sentidos do fascismo derrotado e do comunismo a vencer"(Vargas e Kubitschek: a longa distância entre a Petrobras e Brasília, em Rezende de Carvalho, M. Alice (org.) República no Catete, Rio, 2001, ed. Museu da República, p. 160). Sobre o assunto, Losurdo, Domenico. Para uma crítica da categoria do totalitarismo, em Crítica Marxista nº 17, pp. 51 ss.

[380] Ação e repressão policial num circuito integrado internacionalmente, em Pandolfi, Dulce, Repensando o Estado Novo, cit., p. 309.

[381] A foto se encontra em Brandão Murakani, A. Maria (org.) A Revolução de 1930 e seus Antecedentes, Rio, 1980, ed. N. Fronteira, p. 174.

[382] Dec.lei nº 3.688, de 2.out.41 (conhecido por Lei de Contravenções Penais), arts. 59 e 60.

[383] O Mundo da Violência, cit., pp. 34 e 35.

capoeiragem[384], não há comparação possível entre o regime legal da primeira República[385] e o da lei de contravenções penais de 1941, mesmo considerando-se as medidas de segurança, essa cruel e festejada novidade que os tribunais, no tema específico de vadiagem e mendicância, reduziriam drasticamente[386]. A criminalização da vadiagem é quase um dado estrutural do capitalismo industrial, e portanto não poderia estar ausente da conjuntura em exame; contudo, a disciplina legal da República agro-exportadora a respeito foi inquestionavelmente mais severa. Frisando que "a Escola Positiva ganhara cada vez mais adeptos", e que "os princípios teóricos desenvolvidos na Itália por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Sergio Sergi eram bem-vindos", afirma também a Autora que, para "incorporar os princípios da Escola Positiva", de modo a abrir "espaço maior para a ação da nova polícia", tratou o governo Vargas de reformar o código penal: "assim, em 1932, foi feita a Consolidação das Leis Penais e, em 1940, o Estado Novo aprova o Código Penal"[387]. Desde logo, cabe relembrar que a Consolidação das Leis Penais foi obra de um magistrado sem qualquer compromisso com 1930, e elaborada inteiramente com materiais legislativos da primeira República, sobre a estrutura do código de 1890. Além disso, a afirmativa de que o CP 1940 representou uma incorporação dos princípios da criminologia positivista constitui evidente exagero. Precisamente pela influência metodológica do tecnicismo jurídi-

[384] Decretos nº 19.445, de 1º.dez.30 e nº 21.946, de 12.out.32. Tais decretos abrangiam também os crimes de resistência, desacato, lesões corporais leves ou culposas, e o segundo deles também o curandeirismo e a feitiçaria (art. 157 CP 1890, que contemplava o espiritismo). O segundo decreto constitui, portanto, o marco inicial da descriminalização dos cultos afro-brasileiros, que se implementará no código de 1940, num tardio deslocamento do eixo religioso para o sanitário (art. 284 CP 1940). Não obstante, Filinto Müller ampliaria em 1941 o registro policial dos centros espíritas (cf. Maggie, Yvonne, op. cit., p. 46). A vigilância policial sobre os locais dos cultos subsistiria mais algumas décadas. O primeiro ato que dispensou o registro policial desses locais foi do governador da Bahia Roberto Santos (dec. nº 25.095, de 15.jan.76; cf. Nascimento, Abdias do, O Genocídio do Negro Brasileiro, Rio, 1978, ed. Paz e Terra, p. 104). Caberia mencionar também o dec.lei nº 22.494, de 24.fev.33, que reduziu à metade os prazos de prescrição para menores de 21 anos, fonte de uma regra que se incorporaria definitivamente ao direito penal brasileiro.

[385] As penas dos artigos 399 e 402 CP 1890 foram alteradas pelo dec.leg. nº 145, de 12.jul.893 (revigorado pela lei nº 947, de 29.dez.902) e passaram para internação em colônia correcional por 6 meses a 2 anos. Na reincidência, mantinha-se a previsão original do CP 1890 (internação por 1 a 3 anos, seguida de deportação, caso estrangeiro o condenado). Se se tratasse de reincidência na capoeiragem, a internação seria pelo prazo máximo. O dec.lei nº 6.994, de 19.jun.908, consolidou esses dispositivos (arts. 51 a 57). A escala penal de 1 a 5 anos foi introduzida pelo código de Menores (dec. nº 17.943-A, de 12.out.927, art. 78) para vadios e capoeiras entre 18 e 21 anos: paradoxalmente, a imaturidade agravava a pena! Compare-se tudo isso com a lei de contravenções penais (que obviamente jamais comina a pena de reclusão).

[386] Seja limitando a 1 ano o prazo da medida de segurança (RT 234/328), seja libertando o condenado que, cumprida a exígua pena de prisão simples por 15 dias a 3 meses, não fosse removido para inexistentes colônias agrícolas ou institutos de trabalho, reeducação ou ensino profissional (RT 271/513).

[387] O Mundo da Violência, pp. 77 e 78.

co[388], a criminologia positivista – a única existente na ocasião – "caíra em desgraça na órbita jurídica, homiziando-se nas Faculdades de Medicina, nos laboratórios, nos manicômios, nas penitenciárias"[389]. Refutações cabais da antropologia criminal eram frequentes. Barreto Campelo se insurge, em 1943, contra a preconceituosa interpretação lombrosiana acerca das tatuagens nos presos[390]; Hungria, o mais influente dos redatores do CP 1940, dizia causticamente que em termos de etiologia do crime "continuamos tão profundamente ignorantes quanto o éramos antes de Lombroso"[391]. Apesar da Exposição de Motivos do CP 1940 assumir uma "política de transação ou de conciliação" entre os "postulados clássicos" e os "princípios da Escola Positiva", o que levaria Magalhães Noronha a gracejar que o código "acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri"[392], o fato é que, elaborado numa conjuntura na qual o positivismo criminológico era internacionalmente prestigiado, o texto de 1940, que mesmo operando com medidas de segurança fugiu ao modelo unitarista, eludiu-se a tal influência. Nas insuspeitas palavras de Costa e Silva, "nascido embora sob o regime totalitário, o código não apresenta peculiaridades que lhe imprimam o cunho de uma lei contrária às nossas tradições liberais; não é um código de partido"[393]. Não discrepa Fragoso: "embora elaborado durante um regime ditatorial, o CP 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal"[394]. Para encerrar este tópico com a observação de fatos concretos, concernentes ao tratamento da saúde de presos políticos, compare-se a descrição de Cancelli[395] com a de Ferreira[396]. Este

[388] René Ariel Dotti assinala a "notória adesão (do CP 1940) aos postulados do movimento técnico-jurídico" (História da legislação penal brasileira, em Casos Criminais Célebres, S. Paulo, 1999, ed. RT, p. 104). Compare-se o manifesto do tecnicismo (Rocco, Arturo, *El Problema y el Metodo de la Ciencia del Derecho Penal*, trad. R. N. Vallejo, Bogotá, 1978, ed. Têmis) com a famosa conferência de Hungria em São Paulo (Introdução à Ciência Penal, em Novas Questões Jurídico-penais, Rio, 1945, ed. Nac. Dir., pp. 3 ss).

[389] Pimentel, Manoel Pedro, Breves notas para a história da criminologia no Brasil, em Ciência Penal, Rio, 1979, ed. Forense, ano V, n° 2, p. 42.

[390] Cf. Aguiar Serra, Carlos Henrique, História das Ideias Jurídico-penais no Brasil: 1937 a 1964, Niterói, 1997, tese doutoral, *mimeo*, UFF, p. 150; Lombroso Cesare, *Les Palimpsestes des Prisons*, Paris, 1894, ed. G. Masson. Na crítica de Barreto Campelo se pode entrever a ressonância da ideia de "homem brasileiro". Entre as brumas ideológicas daquela conjuntura, o racismo em voga foi aproveitado contra si mesmo. A celebração do Dia da Raça – necessariamente mestiça – representou, como notado por Ângela Castro Gomes, uma "postura de combate aos preconceitos de cor e de elogio ao ecletismo étnico do povo brasileiro, sepultando os ideais de eugenia e branqueamento" (A Invenção do Trabalhismo, cit., p. 207).

[391] Novas Questões, cit., p. 56.

[392] Noronha, E. Magalhães, Direito Penal, S. Paulo, 1985, ed. Saraiva, v. 1, p. 61.

[393] Costa e Silva, A.J., Comentários ao Código Penal, S. Paulo, 1967, ed. Contasa, p. 10.

[394] Fragoso, Heleno, Lições, cit., P.G., p. 66.

[395] O Mundo da Violência, cit., pp. 198 ss (A saga dos doentes).

[396] Trabalhadores do Brasil, cit., pp. 112 ss (Estado, sistema penitenciário e prisioneiros políticos).

último revela os frequentes atritos entre burocratas do Ministério da Justiça ou mesmo médicos e funcionários subordinados a "Filinto Muller e sua polícia", concluindo que "o estudo dos processos de presos políticos que pedem tratamento de saúde desautoriza qualquer versão sobre a existência de um estado monolítico, compacto e isento de contradições internas"[397]. Em suma, o caminho de compreender o sistema penal do capitalismo industrial dependente e do Estado previdenciário brasileiro, que estão sendo implantados a partir de 1930, unicamente a partir do subsistema penal da repressão manifestamente política empobrece e mutila a investigação. Marcos Bretas advertiu justamente sobre o "crescimento da abordagem política em detrimento da história social", destacando que "as abordagens da polícia privilegiam o seu papel político"[398]. O que pensaríamos de uma descrição do sistema penal brasileiro do período 1968-1979 que só se detivesse sobre o subsistema DOPS/DOI-CODI?

3. A elaboração do CP 1940 se inscreve numa dinâmica política especial, que o fez situar-se equidistantemente da breve Constituição de 1934 – fruto negociado da frustrada revolução constitucionalista de 1932, cujos pigmentos weimarianos foram logo engraxados pelas tintas fortes do marechal Pilsudski, com as quais Francisco Campos desenhou a decretada Constituição de 1937[399] – e da Constituição de 1946, que culminaria o processo de desmonte do Estado Novo. Trata-se de um período com intensa produção legislativa. No âmbito do direito e do processo penal militar, definir-se-ão os textos básicos do Código de Justiça Militar[400] e do Código Penal Militar[401] que, com alterações pontuais, regerão até 1969[402]. Interessa-nos destacar dois campos da programação criminalizante: aquele concernente ao direito penal da intervenção econômica e aquele relativo ao subsistema penal da repressão política. Quanto ao primeiro, já o dec. n° 19.604, de 19.jan.31, promovia equiparação *quoad poenam* ao estelionato das condutas de fabricar, vender ou "expor a consumo público" gêneros alimentícios cuja qualidade tivesse sido modificada ou cujo valor nutritivo tivesse sido reduzido (art. 1°, inc. I), ou que contivessem "ingredientes nocivos à saúde" (inc. V), tornando obrigatório o exame sanitário de produtos estrangeiros (art. 4°). As duas

[397] Op. cit., p. 119.

[398] Bretas, Marcos Luiz, A Guerra das Ruas, Rio, 1997, ed. Arq. Nac., p. 16.

[399] Para as influências sofridas por essas duas Constituições, Cerqueira, Marcello, A Constituição na História, Rio, 1993, ed. Revan, pp. 332 e 335.

[400] O dec. n° 24.803, de 14.jul.34, alterara o dec. n° 17.231, de 26.fev.26; o dec.lei n° 925, de 2.dez.38, deu forma definitiva ao CJM.

[401] Dec.lei n° 6.227, de 24.jan.44.

[402] Nessa ocasião, serão editados os Código Penal Militar (dec.lei n° 1.001, de 21.out.69), Código de Processo Penal Militar (dec.lei n° 1.002, de 21.out.69) e a lei de Organização Judiciária Militar (dec.lei n° 1.003, de 21.out.69). Com alterações pontuais – talvez as mais importantes sejam as da lei n° 9.299, de 7.ago.96, que subtraiu à jurisdição militar crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil – estes diplomas legais encontram-se hoje em vigor.

grandes figuras acadêmicas que começam a destacar-se, Nelson Hungria e Roberto Lyra[403], apoiarão a política criminal intervencionista. Hungria afirmará que "o regime da livre e desvigiada iniciativa particular favorece o enriquecimento de uns poucos em prejuízo da grande massa da população"[404]. Lyra dirá ser forçoso "reconhecer, a partir de 1930, o crescente primado do interesse coletivo no mecanismo do Estado", tocando à lei de economia popular o papel de "instrumento de justiça social"[405]. Através do dec. n° 22.626, de 7.abr.33, foi criminalizada a usura (art. 13), proibindo-se taxas superiores ao dobro dos juros moratórios que o Código Civil previa no artigo 1.062 para a ausência de convenção entre as partes (art. 1°): tal dispositivo inspiraria o constituinte de 1988 (art. 192, § 3° CR, não auto-aplicável por decisão do STF) e está vigente ainda hoje, naturalmente não para os bancos[406]. Inspirado no anteprojeto argentino de 1937, elaborado por Jorge E. Coll e Eusébio Gomez, e em propostas de comissão oficial alemã (que concluira em 1936 um projeto que não seria adotado), o dec.lei n° 869, de 18.nov.38 – que teve em sua redação a colaboração de Hungria[407] – viria a constituir-se no centro referencial dessa programação criminalizante, influenciando leis futuras sobre o assunto e correlatas[408]. Tal decreto-lei compreendia, além do que se poderia tecnicamente designar por crimes contra a economia popular (como a transgressão de tabelas oficiais de preços – art. 3°, inc. II), também delitos de abuso de poder econômico (art. 2°, incs. II a V), a usura (art. 4°)[409], e germinalmente algo do

[403] Sobre Hungria, cf. Scartezzini, Cid Flaquer, Nelson Hungria: o homem e o jurista. S. Paulo, 1974, ed. A.P.Dir., e os trabalhos de Sepúlveda Pertence e René Dotti em Nelson Hungria – Centenário de seu nascimento, Brasília, 1993, ed. STF; sobre Lyra, cf. Lopo Alegria, Assim foi Roberto Lyra, Rio, 1984, ed. L.Juris, e Araújo Júnior, J. Marcello, Roberto Lyra, Rio, 1980, ed. Forense. O grande estudo comparativo é o ainda infelizmente inédito de Carlos Henrique Aguiar Serra, História das Ideias Jurídico-penais no Brasil: 1937 a 1964, cit. Cabe mencionar a livre-docência que ambos disputaram, em 1933, na Faculdade Nacional de Direito, perante banca examinadora presidida por Galdino Siqueira: Hungria, com tese sobre *Fraude Penal*, e Lyra versando *Economia e Crime*. A ata está transcrita em Lopo Alegria, op. cit., p. 101.

[404] Hungria, Nelson, Dos Crimes contra a Economia Popular, Rio, 1939, ed. Jacintho, p. 6. A adesão de Hungria – a quem abominavam todos os autoritarismos (cf. Compêndio, cit., pp. 5 ss e 29 ss) – ao Estado Novo é fato incontestável. Os pronunciamentos do ministro Francisco Campos eram por ele tratados como "magistrais circulares" ou "lapidares pastorais" (Dos Crimes contra a Economia Popular, cit., pp. 8 e 11). Disse ele, na ocasião, que a lei de imprensa de 1934 "enaltece nossa civilização jurídica" (Novas Questões, cit., p. 24). Seu texto definitivo a respeito é o citado O Direito Penal no Estado Novo.

[405] Lyra, Roberto, Crimes contra a Economia Popular, Rio, 1940, ed. Jacinto, p. 91.

[406] Sobre o assunto, Batista, Nilo, A usura nos tempos do neoliberalismo, DS-CDS 3/215 ss.

[407] Cf. Roberto Lyra, Crimes contra a Economia Popular, cit., p. 110.

[408] Tal influência se exerceria diretamente sobre a lei n° 1521, de 26.dez.51, que dispôs sobre a mesma matéria, e indiretamente sobre diversos outros diplomas legais (por exemplo: o art. 4°, inc. II da lei n° 8.137, de 27.dez.90, em relação ao art. 2°, inc. IV do dec.lei n° 869; o art. 4° da lei n° 7.492, de 16.jun.86, em relação ao art. 2°, inc. IX do dec.lei n° 869, etc.).

[409] Na qual, por influência alemã – a indistinção entre *Geldwucher* e *Geschäftswucher* – à usura pecuniária somou-se a usura real ou negocial (cf. Hungria, Dos Crimes contra a Economia Popular, cit., p. 144).

futuro direito penal do consumo (art. 2°, inc. VII). Sinal dos tempos, atribuía-se o julgamento de tais crimes ao Tribunal de Segurança Nacional – do qual nos ocuparemos mais tarde – e proibia-se a suspensão condicional da pena e o livramento condicional (art. 6°). A interdição administrativa da pessoa jurídica em cujo nome se praticasse o delito, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória (art. 5°) é um precedente histórico que cabe assinalar. A grande reação causada pelo inc. IV, segunda parte, do artigo 3° (que criminalizava, nas vendas com reserva de domínio rescindidas por mora do comprador, o desconto, nas prestações já pagas, de quantia maior do que a correspondente à depreciação da coisa) levou à edição (para atender, como disse Hungria, "à grita dos comerciantes interessados"[410]) do dec.lei n° 1.041, de 11.jan.39, que ressalvou da nova disciplina os contratos anteriores; o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 1° de março de 1940, dispôs a respeito. Ainda numa linha de complementação do dec.lei n° 869, de 18.nov.38, o dec.lei n° 1.113, de 22.fev.39, vedou a cobrança de juros superiores a 12% ao ano nos empréstimos sob penhor, também ressalvando os contratos já celebrados (art. 1°, par. ún.). Como a lei n° 38, de 4.abr.35 (que será referida a seguir, porquanto relativa a crimes contra a segurança do Estado) contemplasse um delito contra a economia popular que mencionava gêneros de primeira necessidade (art. 21), foram estes definidos pelo dec.lei n°1.716, de 28.out.39 (art. 1°), que também outorgava às apurações administrativas da Comissão de Abastecimento (criada pelo dec.lei n° 1.067, de 16.set.39) "força de inquérito policial para efeito de processo no Tribunal de Segurança Nacional" (art. 3°). Tratemos agora da programação criminalizante de que se valia o subsistema penal da repressão política, que apenas se comunicava com o aparato punitivo da intervenção econômica no procedimento perante o Tribunal de Segurança Nacional (TSN). O alvo por excelência desse subsistema penal era o Partido Comunista, fundado em 1922, e que em 1935 procura articular sindicatos, promove mobilizações e eventos, aposta na constituição de uma frente – a efêmera Aliança Nacional Libertadora (criada em março, com 1.600 sedes locais em maio, fechada pelo governo em julho) – e chega a uma frustrada insurreição, a partir de alguns quartéis nas cidades de Natal, Recife e Rio, em novembro. Aos comunistas, enquanto alvos deste subsistema penal, viriam juntar-se membros de uma organização fascista, a Ação Integralista Brasileira, menos por ocasião de sua dissolução[411] do que após o ataque ao palácio Guanabara, em maio de 1938[412]. Ampla reforma da polícia se realizara em 1934[413]. A lei n° 38, de 4.abr.35, definiu os "crimes contra a ordem política e social".

[410] Dos Crimes contra a Economia Popular, p. 123.

[411] O dec.lei n° 37, de 2.dez.37, dissolveu todos os partidos políticos (art. 1°) e todas as "milícias cívicas e organizações auxiliares"(art. 1°, § 2°), proibindo o "uso de uniformes, estandartes, distintivos e outros símbolos"(art. 2°). As camisas verdes e o sigma tornaram-se ilegais.

[412] Sobre o episódio, Silva, Hélio, 1938 – Terrorismo em Campo Verde, Rio, 1971, ed. Civ. Bras.

[413] Dec.lei n° 24.531, de 2.jul.34.

Além da insurreição (art. 1°), com escala penal inferior à revogada[414], dos delitos de perturbação à reunião ou ao funcionamento de poderes políticos ou de seus agentes (arts. 2° e 3°) [415], da coação a funcionários, da incitação a tais delitos, da greve de funcionários públicos (art. 8°), da posse não autorizada de "engenhos explosivos" (art. 13), da coação a funcionários, da incitação a tais delitos, da greve de funcionários públicos (art. 8°), da posse não autorizada de "engenhos explosivos" (art. 13), da instigação das "classes sociais à luta pela violência" (art. 15) e da conspiração (art. 20), encontramos também o crime de promoção fraudulenta da "alta ou baixa dos preços de gêneros de primeira necessidade"(art. 21). Quando fossem os crimes políticos praticados através da imprensa, autorizava-se a polícia a apreender as "respectivas edições" (art. 25). Proibia-se a existência de partidos políticos ou agremiações que objetivassem "a subversão, pela ameaça ou violência, da ordem política ou social" (art. 30). Previa-se o cancelamento da naturalização de quem exercesse "atividade nociva ao interesse nacional" (art. 37 ss). Eram tais delitos submetidos a julgamento monocrático pela Justiça Federal (art. 44), e o cumprimento da pena – "asseguradas sempre boas condições de salubridade e higiene", que os percevejos que flagelavam Graciliano Ramos[416] ou o cruel isolamento a que foi submetido Luiz Carlos Prestes desmentem – não poderia "ser situado a mais de mil quilômetros do lugar do delito" (art. 43, § 1°). No mês seguinte à frustrada insurreição comunista, a lei n° 136, de 14.dez.35, alterou a lei n° 38 e acrescentou-lhe novos crimes. A atenção do legislador está agora voltada para a filiação, ostensiva ou clandestina, de funcionários públicos, militares, ou mesmo empregados de empresas, institutos ou serviços criados ou mantidos pelos poderes públicos a partidos ou agremiações proibidas (arts. 1° ss e 13). Crimes de opinião são criados (arts. 7° e 8°), reduzem-se os níveis de garantia dos procedimentos penais (art. 17) e administrativos para exoneração de funcionários (art. 18), e empregados de empresas particulares filiados, mesmo clandestinamente, a partidos ou agremiações proibidas podem ser demitidos sem indenização, desde que o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio o autorize após apuração (art. 23). Estabelecimentos de ensino que não excluíssem professores nessas condições poderiam ser fechados (art. 24). Quatro dias após a edição desta lei, uma emenda constitucional autorizou a equiparação da "comoção intestina greve, com finalidades subversivas" ao "estado de guerra"[417]. Através da lei n° 244, de 11.set.36, foi instituído, "como órgão da Justiça Militar", desde que decretado o "estado de guerra" (art. 1°), o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), para o julgamento dos crimes contra a

[414] O que levou Hungria a dizer que "o diabo não é tão feio como se pinta" (Compêndio, cit., p. 66).

[415] Nos quais a proeminência da União se reflete nas escalas penais (redução de 1/3, se poder ou funcionário for estadual, e de 1/2 se for municipal).

[416] Ramos, Graciliano, Memórias do Cárcere, S. Paulo, 1972, ed. Martins, v. I, pp. 210 ss.

[417] Dec.leg. n° 6, de 18.dez.35, Emenda n° 1. É que o estado de guerra implicava a "suspensão das garantias constitucionais"(art. 161 CR 1934).

segurança externa da República e contra as instituições militares (art. 3°). A indicação pela Ordem dos Advogados do Brasil do defensor do acusado ausente ou desprovido de defesa (art. 9°, inc. 3°) ensejaria o encontro de Sobral Pinto com Prestes e Harry Berger. Testemunhas de defesa deviam comparecer independentemente de notificação (art. 9°, inc. 7°), atos processuais poderiam realizar-se "no presídio" (art. 9°, inc. 10) e presumia-se a culpa de quem fosse "preso com arma na mão por ocasião de insurreição" (art. 9°, inc. 15). Embora os cinco membros do TSN devessem paradoxalmente julgar "como juízes de fato, por livre convicção" (art. 10, par. ún.), as decisões eram fundamentadas[418]. A Constituição de 1937, que tinha a "luta de classes", a "infiltração comunista" e o "apoio das Forças Armadas" em seu preâmbulo, previa que os crimes "contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições" estariam sujeitos "a justiça e processo especiais, que a lei prescreverá" (art. 172). Foi o suficiente para que o dec. lei n° 88, de 20.dez.37, livrasse o TSN de sua configuração restritiva original (órgão da Justiça Militar para crimes contra a segurança do Estado em tempo de guerra), acrescendo-lhe um sexto juiz (art. 2°), agora que seus membros passariam a decidir monocraticamente como primeira instância (art. 7°), sendo irrecorríveis as decisões das apelações (art. 10), das quais se encarregaria o Tribunal Pleno (art. 8°). A competência do TSN abrangia agora os crimes contra a economia popular (art. 4°, al. *c*)[419]. A lei constitucional n° 1, de 16.mai.38, alterou o art. 122, inc. 13 CR 1937 para autorizar a pena de morte para inúmeros crimes políticos (alíneas *a* a *i*) e mesmo para o homicídio qualificado (al. *j*). O dec.lei n° 474, de 8.jun.38, que ampliou o breve dec.lei n° 428, de 16.mai.38, dispôs sobre o processo perante o TSN: seu caráter policialesco pode ser resumido na leitura de um só artigo[420]. O dec.lei n° 431, de 18.mai.38, consolidou toda a legislação anteriormente citada, ampliando a criminalização referente à segurança externa, elevando penas de crimes já existentes, e esclarecendo que a privação de liberdade se daria em "prisão celular", que o ministro da Justiça a qualquer tempo poderia converter em internação em "estabelecimentos especiais ou em colônias penais agrícolas" (art. 20). A pena de morte, que se daria por fuzilamento (art. 2°, § 3°), jamais foi executada. A composição do TSN seria ainda objeto do dec.lei n° 1261, de 10.mai.39. Através do dec.lei n° 7.474, de 18.abr.45, Getúlio Vargas concedeu anistia "a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934" (art. 1°). Foi o TSN extinto pela lei

[418] Campos, Reynaldo Pompeu de, Repressão Judicial no Estado Novo, Rio, 1982, ed. Achiamé; Castello Branco, Eurico, Anotações às Leis de Segurança Nacional e Economia Popular, Rio, 1940, ed. Jacintho (este autor foi escrivão do TSN). O regimento interno do TSN em Lyra, Roberto, Crimes contra a Economia Popular, cit., pp. 39 ss.

[419] A lei constitucional n° 7, de 30.set.42, alteraria o art. 173 CR 1937 para a possibilidade de ampliação, em razão do estado de guerra, da competência do TSN.

[420] "Art. 9°. Considera-se provado, desde que não eliminado por prova em contrário, o que ficou apurado no inquérito. Mas o juiz poderá, *ex-officio*, reinquirir as testemunhas que neste depuseram." A segunda oração não estava presente no dec.lei n° 428, de 16.mai.38 (art. 8°).

constitucional nº 14, de 17.nov.45. Não convém encerrar este tópico sem mencionar a hostilidade legal aos estrangeiros, proibidos de exercer atividade política (dec. lei nº 383, de 18.abr.38, art. 1º), impedidos de se organizar salvo para fins culturais ou beneficentes (arts. 2º e 3º), e vigiados (art. 6º). Da expulsão de estrangeiros trataram o dec. lei nº 392, de 27.abr.38, e nº 479, de 8.jun.38. A extradição de brasileiro, contudo, era inadmissível (dec.lei nº 394, de 28.abr.38). O dec. nº 4.865, de 23.out.42, proibiria a concessão da suspensão condicional de pena aplicada a estrangeiros que se encontrassem no país em caráter temporário (art. 1º), determinando a revogação de *sursis* anteriormente concedido (art. 2º). Neste campo, talvez o mais significativo pormenor estivesse no fato de que *ser* estrangeiro constituía, para os crimes contra a segurança do Estado, circunstância agravante[421].

4. Como vimos, o projeto de Virgílio de Sá Pereira, de 1927-1928, revisto por comissão integrada por ele próprio mais Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira, apesar de aprovado em 1935 pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado, não se converteu em lei, atropelado teoricamente por muitas críticas, em 1936, e politicamente pelo advento do Estado Novo, em 1937. No final deste ano, o ministro Francisco Campos encarregou o prestigiado professor paulista Alcântara Machado, ex-governador, constituinte em 1933, e membro da Academia Brasileira de Letras, da elaboração de novo projeto. Em maio de 1938 – "com surpreendente presteza", diria ferinamente Hungria[422] – Alcântara Machado entregava seu anteprojeto de Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, completando-o, em agosto, com a Parte Especial[423]. Embora pretendesse partir do projeto Sá Pereira, Alcântara Machado sucumbiu à bateria de críticas – muitas delas, aliás, injustas[424] – contra ele assestada, e caminhou para uma formulação original. As influências que seu anteprojeto sofreu são claras, e foram pontualmente indicadas em sua Exposição de Motivos[425]. A maior delas provém do código penal italiano de 1930: "neste, e em outros lances, tomamos por modelo o trabalho de Alfredo Rocco", diz Alcântara Machado a Francisco Campos[426]. O projeto argentino de 1937, de Jorge E. Coll e

[421] Dec. lei nº 88, de 20.dez.37, art. 18, par. ún; dec.lei nº 431, de 18.mai.38, art. 18.

[422] Novas Questões, cit., p. 28.

[423] Machado Alcântara, Projeto do Código Criminal Brasileiro, S. Paulo, 1938, ed. RT.

[424] Como a concessão de *sursis* a criminosos passionais (art. 120), verberada por Jorge Severiano Ribeiro, as escalas penais benignas para crimes políticos, a possibilidade do condenado à pena de detenção de escolher entre os trabalhos que se executarem no estabelecimento aquele mais conveniente a suas aptidões, inclusive de natureza intelectual (art. 63), a proibição da conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade (art. 57) – medida que, sete décadas depois da elaboração inicial do projeto Sá Pereira, converteu-se em lei (nº 9.268, de 1º.abr.96).

[425] Op. cit., pp. 11 ss.

[426] Op. cit., p. 27.

Eusébio Gomez, que era uma referência muito acatada entre os penalistas brasileiros daquela conjuntura, é também mencionado, ao lado dos códigos dinamarquês de 1930, cubano e romeno (ambos de 1936), mexicano de 1931 e do projeto francês de 1934. Apesar de ter sido o anteprojeto recebido, no exterior, favoravelmente, foi entre nós alvo de muitos reparos, especialmente de Costa e Silva e Nelson Hungria. Decidiu o ministro da Justiça constituir uma comissão revisora, nomeando para compô-la Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz. Por influência de Hungria, o ministro solicitou a colaboração, mesmo à distância, de Costa e Silva[427]. Além de "reviver alguma coisa do projeto Sá Pereira"[428], inspirou-se a comissão nos códigos penais suíço (1937/1942)[429], dinamarquês de 1930 e polonês de 1932, para alterar profundamente o anteprojeto Alcântara Machado – especialmente nos dispositivos algo desconexos concernentes à teoria do delito – e cortar sem rebuços da sua carne. Acompanhemos com Hungria o que ele mesmo chamou de "cortes radicais": foi suprimido o capítulo sobre menoridade penal (art. 102 ss), que conduzia para o interior do código o tratamento do que hoje se designa por atos infracionais da adolescência; rejeitou-se a indistinção entre crime e contravenção, ardentemente defendida por Alcântara Machado em sua Exposição de Motivos; extirparam-se da Parte Especial classes de delitos sujeitas a frequentes redefinições, como aqueles previstos "nas irrequietas leis de segurança nacional" ou nas "versáteis leis de falência"; renunciou-se à cominação da pena de morte (arts. 26, inc. I, e 27 ss), ao "assassínio legal", bem como à pena de segregação (arts. 26, inc. IV e 32), que era na verdade uma medida de segurança; recusou-se – e, no particular, infelizmente – a faculdade do juiz converter em prisão domiciliar a pena de detenção até um mês aplicada a valetudinários e mulheres honestas (art. 31, § 4º); retirou-se do texto o capítulo, de nítida inspiração positivista, que versava a classificação dos criminosos (arts. 20 ss) etc.[430]. Alcântara Machado ressentiu-se de só tomar conhecimento dessas alterações quando os trabalhos da comissão revisora estavam concluídos, chegando a afirmar que ela se reunira "a portas e janelas fechadas, como se o trabalho tendesse não a repressão, mas a prática de crime"[431]. Criaram-se ressentimentos que perdurariam até o falecimento do professor paulista. Isso explica por que Hungria sempre exaltou a

[427] Sobre essa colaboração, cf. Costa e Silva, A.J., Ligeiras observações sobre o trabalho da comissão revisora na sua primeira fase, em *Justitia*, S. Paulo, 1958, v. 20, pp. 9 ss; Hungria, Nelson, Costa e Silva penalista, em Novas Questões, cit., pp. 299 ss.

[428] Hungria, Nelson, A autoria intelectual do Código penal de 1940, em Comentários, cit., v. I, p. 210.

[429] Embora aprovado em 1937, o código unitário suiço, para atender às controvérsias do federalismo cantonal, deveu submeter-se a um *referendum* popular, só entrando em vigor em 1º.jan.42.

[430] Os trechos entre aspas do período são de Hungria, A autoria intelectual, cit., pp. 213-214.

[431] *Apud* René Dotti, História da legislação penal brasileira, cit., p. 303.

contribuição de Alcântara Machado para o CP 1940, consignando ser dele "o cerne, a medula, o granito" desse diploma, "a cada passo" do qual "depara-se a marca, o sinal de unha do emérito e saudoso professor"[432]. Alcântara Machado foi, sem dúvida, entre outros méritos, um penalista competente e atualizado, e basta uma leitura comparativa de seu anteprojeto e do CP 1940 para constatar que estruturas articuladas foram aproveitadas integralmente, apesar de mudanças redacionais (por exemplo, os primeiros oito artigos, sobre aplicação da lei penal), que inúmeras soluções teóricas suas foram mantidas (por exemplo, na definição de tentativa, desistência e crime impossível – arts. 10 e 11 do anteprojeto – ou no erro de direito – art. 14) e que a supressão de alguns dispositivos representou um empobrecimento do texto final (assim, a referência à omissão imprópria – art. 9°, § 1° – ou a disciplina do consentimento do ofendido – art. 14, inc. I). Sem dúvida alguma, o "sinal de unha" de Alcântara Machado está presente por toda parte. Mas as impressões digitais perenemente gravadas no CP 1940 (dec.lei n° 2.848, de 7.dez.40)[433] são as de Nelson Hungria, que já não poderia elogiar, sem evidente imodéstia, a Exposição de Motivos assinada por Francisco Campos.

5. A despeito das influências anteriormente assinaladas, e mesmo da mais visível delas – a italiana –, as mudanças econômicas e culturais no período de gestação do CP 1940 se refletem nele, e Hungria retomaria uma passagem de Esmeraldino Bandeira para glosar penalisticamente a política de substituição de importações[434], afirmando afinal que o código era "uma resultante da cultura jurídica brasileira"[435]. Seria descabido dirigir-lhe uma crítica formulada com materiais teóricos ainda indisponíveis, como por exemplo o finalismo, que na ocasião engatinhava, meio clandestinamente, em sua primeira versão. Apesar de falhas pontuais, que seus mais ilustres estudiosos situarão aqui e ali, de acordo com sua própria sensibilidade[436], o código resultou, como diria Aníbal Bruno, "em conjunto, obra de harmoniosa estrutura, de boa técnica, bem redigida, clara, concisa"[437]. As normas sobre aplicação da lei penal, à frente das quais se

[432] A autoria intelectual, cit., pp. 209 e 210.

[433] A lei de introdução ao CP 1940 (bem como à citada lei de contravenções penais – LCP) foi promulgada através do dec.lei n° 3.914, de 9.dez.41. O CP 1940 e a LEP entraram em vigor em 1° de janeiro de 1942.

[434] "Mandam (os comentaristas do CP 1890) vir do estrangeiro um por um dos elementos de que se compõe determinado produto, inclusive o invólucro. Reúnem e colam esses elementos e, metendo-o no envólucro refinado, os expõem à venda como produto nacional". Novas Questões, cit., p. 18.

[435] Novas Questões, cit., p. 31.

[436] Fragoso alertará para a severidade do tratamento penal da greve (Lições, cit., PG., p. 66); Bruno mencionará a subsistência de responsabilidade objetiva (Bruno, Aníbal, Direito Penal, Rio, 1959, ed. Forense, v. I, t. 1°, p. 170).

[437] Loc. cit.

insculpia o princípio da legalidade (arts. 1° e 2°), ocupavam os primeiros dez artigos. Do crime tratavam os artigos 11 (sobre relação de causalidade, expressamente adotada a teoria da *conditio sine qua non*) a 27 (que, versando o princípio da executividade na participação, introduzia o princípio geral da lesividade). À tentativa, construída segundo o modelo do início de execução (art. 12, inc. II), cominava-se a pena do crime consumado reduzida de 1 a 2 terços (art. 12, par. ún.), contemplando-se sua desistência (art. 13) e sua inidoneidade (art. 14). A um dolo direto centrado na vontade do resultado corresponde um dolo eventual que postula a assunção do risco de produzi-lo (art. 15, inc. I), enquanto na disciplina da culpa se descartava definitivamente a violação de regulamentos (art. 15, inc. II). Operava o CP 1940 com a dicotomia erro de direito – erro de fato, reduzindo o primeiro à *ignorantia legis* (art. 16): a incompatibilidade de tal redução com o princípio da culpabilidade seria denunciada por nossos penalistas[438]. O erro de fato escusável, associado ao que hoje chamamos erro de tipo permissivo (art. 17) "isentava de pena", expressão que também se aplicava a situações de inimputabilidade (art. 22), à coação irresistível e à obediência hierárquica (art. 18), sinalizando sua função excludente de culpabilidade. Já a expressão "não há crime", dirigida ao estado de necessidade, à legítima defesa, ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito, representava exclusão de ilicitude (arts. 19 ss). Quanto a autoria e participação (arts. 25 ss), Hungria supunha que a adoção pelo código da teoria da *conditio* resolvera todos os problemas, e a disciplina legal a respeito viu-se empobrecida drasticamente[439]. As penas se dividiam em principais e acessórias. As penas principais eram reclusão, detenção e multa (art. 28), esta última abandonando a criação brasileira do dia-multa (art. 35), que retornaria com a reforma de 1984. Reclusão e detenção se diferenciam no maior rigor penitenciário da primeira (arts. 29 ss). A aplicação da pena se realizava, em duas ou três fases de cálculo (polêmica entre Lyra e Hungria, que a reforma de 1984 encerraria com a opção trifásica), onde intervinham circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 42 ss). Contemplava o CP 1940 a suspensão condicional da pena (arts. 57 ss) e o livramento condicional (arts. 60 ss). As penas acessórias eram três: a perda de função pública, as interdições de direitos e, vestígio moderno da infamação, a publicação da sentença (arts. 67 ss). Previa o CP 1940, sob regime de duplo binário, a aplicação de medidas de segurança detentivas para imputáveis, sob os pressupostos de prática de crime, periculosidade do autor ou ainda tentativa inidônea com autor perigoso (art. 76). Além dos inimputáveis ou semi-imputá-

[438] Cf. Munhoz Netto, Alcides, A Ignorância da Antijuricidade em Matéria Penal, Rio, 1978, ed. Forense; Assis Toledo, Francisco, O Erro no Direito Penal, S. Paulo, 1977, ed. Saraiva.

[439] Cf. Batista, Nilo, Concurso de Agentes – uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, Rio, 1979, ed. L. Juris.

veis por doença mental, presumiam-se perigosos os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez habitual, os reincidentes em crime doloso, e os filiados a quadrilha (art. 78). Dava-se a caducidade da presunção se a sentença fosse proferida dez anos depois do fato, para os inimputáveis, ou cinco anos depois nos outros casos (art.78, § 1°). A influência do código Rocco é bastante evidente aqui: assim, a regra da aplicabilidade da lei vigente ao tempo da execução da medida de segurança (art. 75) provinha diretamente do artigo 200 do código Rocco. Basileu Garcia foi o primeiro professor brasileiro a denunciar, em artigo de 1945, a natureza penal das medidas de segurança[440]. Um conjunto de dispositivos sobre a ação penal (arts. 102 ss) e o título sobre extinção da punibilidade (arts. 108 ss) encerram a Parte Geral. A Parte Especial, dividida em onze títulos, começava com os crimes contra a pessoa (arts. 121 ss) e contra o patrimônio (arts. 155 ss), passando pelos delitos contra bens jurídicos comunitários (tit. VIII, crimes contra a incolumidade pública, arts. 250 ss) para chegar aos crimes contra a fé pública (arts. 289 ss) e finalmente os crimes contra a administração pública (arts. 312 ss). Tal disposição, que na ordenação classificada dos tipos prioriza as ofensas ao indivíduo e à comunidade por sobre aquelas contra o Estado, é um último indicador que cabe assinalar acerca das virtudes políticas que o pensamento penalístico brasileiro inscreveu no CP 1940.

6. A primeira Constituição republicana, de 1891, dentro do espírito federalista que a dominava, reservara o direito processual para as legislações estaduais, salvo aquele concernente à Justiça Federal (art. 34, inc. 23). Alguns estados, como, por exemplo, o Rio Grande do Sul, elaboraram códigos de processo penal; a maior parte, no entanto – como por exemplo São Paulo – não o fez, continuando vigentes textos legislativos oriundos do Império, frequentemente acrescidos de leis que versavam aspectos pontuais[441]. Em 1931, o governo provisório instituiu comissão para proceder à revisão do Código de Processo Penal do Distrito Federal[442]. A Constituição de 1934 concedeu "privativamente à União" o poder de legislar sobre processo (art. 5°, inc. XIX), e em suas disposições transitórias determinou a nomeação de comissão, integrada por "dois ministros da Corte Suprema e um advogado (...) para elaborar um projeto de Código do Processo Penal" (art. 11), tendo sido escolhidos Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira. O projeto elaborado por tal comissão, que suprimia o inquérito policial em favor do juizado de instrução, e restringia a então ampla competência do júri, foi concluído em 1935. A Constituição de 1937 manteve a solução da legislação federal sobre processo (art. 16, inc. XVI),

[440] Cf. Aguiar Serra, Carlos Henrique, op. cit., p. 140.

[441] Para São Paulo, cf. Mendes de Almeida, J. Canuto, Princípios Fundamentais de Processo Penal, S. Paulo, 1973, ed. RT, pp. 136 ss.

[442] Dec. n° 19.684, de 10.fev.31.

porém outra comissão foi nomeada, desta feita integrada por Nélson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Cândido Mendes. Antes de dedicar-se à elaboração do código, tal comissão redigiu o texto que se converteria no dec.lei n° 167, de 5.jan.38, que além de reduzir a competência do júri permitia que os tribunais de apelação pudessem reformar seus veredictos. Curiosamente, este traço nitidamente antiliberal de limitar a judicatura popular direta, que na tragédia do chamado caso dos irmãos Naves[443] revelou o equívoco da presunção de superioridade das decisões togadas, não costuma ver-se realçado na literatura jurídica. Enfim, a comissão concluiu seu trabalho, convertido em Código de Processo Penal pelo dec. Lei n° 3.689, de 3.out.41, cuja vigência coincidiria com a do Código Penal, iniciando-se em 1° de janeiro de 1942 (art. 810).

7. Uma visão panorâmica da legislação penal extravagante das décadas posteriores ao CP 1940 revelará tendências político-criminais inteiramente compatíveis com o cenário de um sistema penal inscrito num estado de bem-estar. Tais tendências prevalecerão mesmo após o golpe de estado de 1964, quando as oligarquias brasileiras, valendo-se das Forças Armadas[444] e com dissimulado mas incontestável apoio norte-americano, depuseram o presidente João Goulart e instauraram uma ditadura. Com efeito, se excetuarmos as leis penais predispostas à repressão manifestamente política (programadoras de um sistema penal que ainda assim as violava rotineiramente, na tortura e mesmo no extermínio de dissidentes do regime, e sobre o qual nos deteremos adiante), constataremos a manutenção, em linhas gerais, daquelas tendências mesmo após 1964. Se desconsiderarmos a legislação penal de ajuste ou "modernização", seja aquela que não altera o CP 1940 (por exemplo, o dec.lei n° 7.661, de 21.jun.45, que, dando nova disciplina às falências, tratou dos crimes falimentares – arts. 186 ss –; a lei n° 3.274, de 2.out.57, que dispôs sobre normas gerais do regime penitenciário; a lei n° 5.256, de 6.abr.67, que regulamentou a prisão especial; a lei n° 4.737, de 15.jul.65, Código Eleitoral com seu elenco de crimes – arts. 283 ss), seja aquela que altera o CP 1940 (por exemplo, o dec.lei n° 7.903, de 27.ago.45, cujos artigos 169 ss revogariam, como reafirmado pelo art. 128 da lei n° 5.772, de 21.dez.71, os capítulos II, III e IV do título II CP 1940, concernentes a crimes contra privilégios de invenção, de violação de marcas e de concorrência desleal[445]; a lei n° 6.895, de 17.dez.80, que faria uma primeira mudança no delito de violação de direito autoral – art. 184 CP 1940 –, que ainda seria modificado pela lei n° 8.635, de 16.mar.93), podemos classificar as leis penais desse período em cinco grandes grupos. No primeiro deles, encontramos textos legais que efetuam uma

[443] Cf. René Dotti, Casos Criminais Célebres, cit., pp. 113 ss.

[444] Para o papel proeminente do que ele chama de "elite orgânica" nos acontecimentos de 1964, cf. Dreifuss, René Armand, 1964 – A Conquista do Estado, trad. A.B Oliveira Farias *et alli*, Petrópolis, 1988, ed. Vozes. Cf. também Silva, Hélio, 1964: Golpe ou Contragolpe?, Rio, 1975, ed. Civ. Bras.

[445] Hoje, regidos pelos arts. 183 ss da lei n° 9.279, de 14.mai.96.

correção da legislação anterior, com nítido sentido restritivo do poder punitivo. Enquadram-se aí a lei n° 1.802, de 5.jan.53 (que versou os crimes contra a segurança nacional, numa linha de "abrandamento das penas"[446]), a lei n° 2.505, de 11.jun.55 (que reduziu a pena mínima, prevista no CP 1940 para a receptação – art. 180 –, de 2 anos para 1 ano, tornando-a idêntica à do furto[447]), e mesmo a lei n° 5.250, de 9.fev.67, que trata dos crimes através da imprensa[448]. O segundo grupo reuniria as leis penais concernentes à intervenção econômica e a delitos fiscais, ainda que a primeira a ser mencionada – a lei n° 1.521, de 26.dez.51, contendo os crimes contra a economia popular – não tenha deixado de mitigar a legislação estadonovista a respeito. Podem incluir-se neste segundo grupo a lei n° 4.591, de 16.dez.64 (que contemplou, nos arts. 65 ss, infrações penais praticáveis nas incorporações imobiliárias), as leis n° 4.728 e 4.729, ambas de 14.jul.65 (a primeira, que disciplinou o mercado de capitais, criminalizando a impressão e comercialização irregulares de ações – arts. 73 e 74 –, e a segunda criminalizando, pela primeira vez sistematicamente, a sonegação fiscal[449]), o dec.lei n° 16, de 10.ago.66 (que criminalizava a produção, estocagem e transporte irregulares de açúcar e álcool), o dec.lei n° 66, de 21.nov.66 (introduzido – art. 155 – os crimes previdenciários[450]) e a lei n° 4.888, de 9.dez.65 (que equiparava à concorrência desleal o uso, mesmo disfarçado, da palavra *couro* em produtos sintéticos). Num terceiro grupo se arrolariam as leis de um direito penal ambiental moderado, cujas imperfeições técnicas – aliás, frequentes nos textos posteriores a 1964 – não merecem relevo superior à cominação preferencial das penas mais leves das contravenções: a lei n° 4.771, de 15.set.65 (contravenções florestais, arts. 26 ss), a lei n° 5.197, de 3.jan.67 (contravenções relativas à fauna, art. 27) e o dec.lei n° 221, de 28.fev.67 (pesca ilícita, art. 61). No quarto grupo inscreveríamos a programação criminalizante que se interessa, sob os mais diversos aspectos, pela constitucionalidade e pela legalidade no exercício da administração pública e pelo patrimônio público. Caberia aqui mencionar a lei n° 1.079, de 10.abr.50 (crimes de responsabilidade, sujeitos, mediante julgamento em foro político, às penas de perda do cargo e inabilitação até 5 anos – art. 2°), a lei n° 1.579, de 18.mar.52 (reforçando penalmente – art. 4° – as Comissões Parlamentares de Inquérito), a lei n° 4.898, de 9.dez.65 (crimes de abuso de autoridade), o dec. lei n° 201, de 27.fev.67 (crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores), a lei n° 5.346, de 3.nov.67 (qualificando o dano praticado sobre patrimônio da administração indireta), a

[446] Canedo Gonçalves da Silva, Carlos Augusto, Crimes Políticos, B. Horizonte, 1993, ed. Del Rey, p. 101.

[447] Hungria afirmava que a escala penal original da receptação era de 2 *meses* a 4 anos, e que teria havido um erro de impressão. Sua exaltada polêmica com José Duarte a respeito está em Comentários, cit., v. VII, pp. 307 ss.

[448] Para o equívoco de só perceber-se nesta lei um matiz autoritário, cf. Batista, Nilo, Lei da censura e lei da imprensa, em Punidos e Mal Pagos, Rio, 1990, ed. Revan, pp. 139 ss.

[449] Hoje, regida basicamente pela lei n° 8.137, de 27.dez.90.

[450] Que seriam alterados pela lei n° 8.212, de 24.jul.91 (art. 95), para finalmente serem introduzidos no Código Penal através da lei n° 9.983, de 14.jul.00, pela criação dos artigos 168-A, 313-A e 313-B, 337-A e alteração dos artigos 153, 296, 297, 325 e 327.

lei n° 5.553, de 6.dez.68 (uma semana antes da edição do Ato Institucional n° 5, que suprimiria o *habeas corpus* para crimes políticos, esta lei considerava contravencional a conduta de reter documento de identificação pessoal de qualquer cidadão; ela seria acrescida de um parágrafo pela lei n° 9.453, de 20.mar.97), a lei n° 3.924, de 26.jul.61 (na qual uma articulação, lesiva por imperfeições técnicas do princípio da legalidade, entre os artigos 5° e 29, revelava a intenção de criminalizar o dano a monumentos arqueológicos e pré-históricos), e a lei n° 6.799, de 23.jun.80 (que acrescia um § 2° art. 327 CP, concernente ao conceito penal de funcionário público). Por fim, as leis penais de um quinto grupo teriam o elemento comum de dirigirem-se à proteção especial de sujeitos fragilizados: desde logo a lei n° 2.889, de 1°.out.56 (editada em cumprimento de compromisso internacional, criminalizando o genocídio), a lei n° 1.390, de 3.jul.51 (contravenções penais relativas à discriminação racial[451]), a lei n° 2.252, de 1°.jul.54 (que criminalizou induzir à prática de crime ou aceitar nela a participação de menor de 18 anos), a lei n° 5.478, de 25.jul.68 (procurando, com a intervenção penal – art. 22 – dar rapidez e eficácia às pensões alimentícias judicialmente fixadas ou acordadas), a lei n° 6.898, de 30.mar.81 (alterando o art. 242 CP, e prevendo perdão judicial para a perfilhação irregular), e a lei n° 7.251, de 19.nov.84 (que aprimorou a redação da modalidade de abandono moral prevista no art. 245 CP). Este quadro, embora não exaustivo[452], sinaliza para uma legislação penal extravagante com tendências político-criminais bem distintas daquelas que no futuro viriam a predominar.

8. Referência especial deve ser feita à programação criminalizante vertida para a repressão manifestamente política. A lei n° 1.802, de 5.jan.53, que mitigara o tratamento penal dos crimes políticos, foi revogada pelo dec.lei n° 314, de 13.mai.67, que incorporou conceitualmente a chamada doutrina da segurança nacional. O autoritarismo e o rigor deste texto seria ainda exacerbado pelo dec.lei n°510, de 20.mar.69, que entre outras emendas determinava a punição de atos preparatórios, sobrevindo finalmente o dec.lei n° 898 de 29.set.69, que cominava as penas de prisão perpétua e de morte[453]. Pertencem ainda a este núcleo legislativo a lei n° 5.786, de

[451] A matéria é hoje versada pela lei n° 7.716, de 5.jan.89.

[452] Para a legislação penal sobre drogas ilícitas, cf. Batista, Nilo, Política criminal com derramamento de sangue, cit.

[453] Sobre essa legislação, cf. Fragoso, Heleno, Lei de Segurança Nacional, P. Alegre, 1980, ed. Fabris; Canedo Gonçalves da Silva, C.A., Crimes Políticos, cit.; Moraes Filho, A. Evaristo de, Lei de Segurança Nacional – um atentado à liberdade, Rio, 1982, ed. Zahar; Batista, Nilo, O direito da tortura e da morte, em Temas de Direito Penal, Rio, 1984, ed. L. Juris. O dec.lei n° 898, de 29.set.69, seria revogado pela lei n° 6.620, de 17.dez.78 – que, a despeito de abrandar algumas penas, mantinha menos explicitamente a doutrina da segurança nacional: uma lei "recauchutada", como disse Carlos Drummond de Andrade (cf. Batista, Nilo, Para que serve essa boca tão grande?, em Temas, cit., pp. 34 ss). Eleito o primeiro presidente civil, no chamado processo de "abertura", o ministro da Justiça constituiu comissão (integrada por Evandro Lins e Silva, René Ariel Dotti, Antônio Evaristo de Moraes Filho e Nilo Batista) que redigiu um anteprojeto de lei de defesa do estado democrático (reproduzido em Dotti, René, Reforma Penal Brasileira, Rio, 1988, ed. Forense, pp. 452 ss), que não se converteu em lei. A matéria é hoje tratada pela lei n° 7.170, de 14.dez.83.

27.jun.67 (apoderamento ilícito de aeronaves) e o dec.lei nº 975, de 20.out.69 (voo e pouso não-autorizados de aeronaves e transporte de "subversivos"), bem como a indefectível xenofobia legal dos autoritarismos (dec.lei nº 417, de 10.jan.69, sobre expulsão de estrangeiro que atente "contra a segurança nacional" ou "cujo procedimento o torne nocivo ou perigoso à conveniência ou aos interesses nacionais" – art. 1º – e o mais genérico dec.lei nº 941, de 13.out.69, que repete essa fórmula – art. 73). As agências policiais que promoviam a criminalização secundária desta programação excediam sistemática e rotineiramente suas balizas. Conjugando repartições policiais civis e repartições militares[454], o subsistema penal DOPS/DOI-CODI, especialmente entre 1968 e 1974 – quando organizações políticas clandestinas optaram pelo enfrentamento armado[455] – torturou, matou e ocultou o cadáver de centenas de pessoas[456]. O subsistema penal DOPS/DOI-CODI engendrou uma estrutura que colocou em contacto com a repressão manifestamente política policiais que, a partir do final dos anos cinquenta, haviam dinamizado procedimentos ilegais de execução sumária de suspeitos ou acusados, geralmente de crimes patrimoniais, ou mesmo simplesmente de mendigos, sob a designação de "esquadrão da morte"[457]. As afinidades ideológicas entre os dois polos que passaram a comunicar-se, bem como sua inconformidade com as garantias que controlam o exercício do poder punitivo no estado de direito, podem ser ilustradas com a coincidência de que na repartição policial conhecida por Invernada de Olaria, onde a polícia de Amaury Kruel, no final dos anos cinquenta, inaugurava os esquadrões da morte – matando inclusive mendigos no rio Guandu –, ali mesmo, em 1962, militantes do Movimento Revolucionário Tiradentes eram torturados[458], e, em 1972, ao crânio da guerrilheira Aurora Maria Nascimento Furtado era imposto um torniquete (a "coroa de Cristo") que a mataria. Se nos recordarmos também de que, no projeto e na instalação do Departamento Federal de Segurança Pública, em 1965, a assessoria norte-americana era prestada a um irmão de Amaury, o general Riograndino Kruel[459], bem como o de que, já depois da reconstitucionalização de

[454] As primeiras, estaduais, geralmente designadas por Departamento de Ordem Política e Social (DOPS); as segundas, associando um órgão de inteligência (Destacamento de Operações de Informações – DOI) a um órgão operativo (Centro de Operações de Defesa Interna – CODI). Daí falarmos em subsistema DOPS/DOI-CODI.

[455] Para os fundamentos políticos de tal opção, Gorender, Jacob, Combate nas Trevas, S. Paulo, 1987, ed. Ática.

[456] Uma relação de 125 "desaparecidos" em AA.VV Brasil: Nunca Mais, Petrópolis, ed. Vozes, p. 291. Entre a farta bibliografia sobre o assunto, citam-se Cabral, Reinaldo e Lapa, Ronaldo (orgs.) Desaparecidos Políticos, Rio, 1979, ed. Opção; Guimarães, Renato, Travessia, Rio, 1999, ed. Revan; Frei Betto, Batismo de Sangue, Rio, 1983, ed. Civ. Bras.

[457] Bicudo, Hélio P., Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte, S. Paulo, 1977, ed. Pont. Com. Just. e Paz; *America's Watch*, Violência Policial no Brasil, S. Paulo, 1987, ed. OAB-SP; Barcellos, Caco, Rota 66, S. Paulo, 1992, ed. Globo; Rosário, José Barbosa do, Quando a Polícia Mata, Rio, 1983, ed. Achiamé.

[458] Gorender, Jacob, Combate nas Trevas, cit., p. 48.

[459] Huggins, Martha K., Polícia e Política, trad. L. L. Oliveira, S. Paulo, 1998, ed. Cortez, p. 145.

1988, o ex-chefe do DOI-CODI baiano general Nilton Cerqueira – que, entre outros feitos, comandara pessoalmente a execução de Carlos Lamarca – viria a instituir no Rio de Janeiro um sistema de promoções "por bravura" na carreira de policiais, que tomava em consideração a morte de suspeitos, constataremos que toda a atenção deferida por certos pesquisadores brasileiros ao encontro, nas prisões, entre presos comuns e presos políticos acaba por encobrir este outro, fundamental para a compreensão do atuante sistema penal subterrâneo que, parasitariamente ligado ao oficial, reuniu assassinos de extração distinta num amplo programa de feições genocidas. O fato de grande parte dos militantes torturados nos quartéis pertencer à classe média finalmente deu visibilidade à tortura habitual dos pobres nas delegacias policiais[460].

9. Nelson Hungria concluiu, em 1963, um anteprojeto de código penal que o breve governo de Jânio Quadros lhe solicitara, dois anos antes, em paralelo a anteprojetos de códigos de processo penal e de execuções penais, de cuja redação se incumbiram respectivamente Hélio Tornaghi e Roberto Lyra. Amplamente divulgado, o anteprojeto Hungria despertou grandes discussões[461], tendo sido revisto, em 1965, por comissão integrada, além de seu autor, pelos professores Aníbal Bruno, Heleno Fragoso e Hélio Tornaghi. Com sua tramitação empeçada pelas conturbadas circunstâncias políticas do período, o anteprojeto Hungria deixa subitamente as gavetas do ministério da Justiça em janeiro de 1969 – o Congresso Nacional fechado, no mês anterior, pelo Ato Institucional nº 5 – e, após um arremedo de revisão cujos constrangimentos foram relembrados por Fragoso[462], é editado pelo dec.lei nº 1.004, de 21.out.69. Muitas de suas incorreções seriam objeto das retificações da lei nº 6.016, de 31.dez.73, mas sua vigência, várias vezes postergada, não ocorreria jamais[463]. A pá de cal no chamado Código Penal de 1969 fora lançada pela lei nº 6.416, de 24.mai.77. Embora de iniciativa do governo militar, e processada perante um enfraquecido Congresso Nacional que a ditadura mantinha em sua vitrine institucional, a lei nº 6.416, de 24.mai.77 respondia a uma pauta político-criminal que os penalistas e criminólogos brasileiros discutiam intensamente desde o início dos anos setenta[464], questionando de forma geral a eficiência da sanção penal e especialmente o "hiato de legalidade" que a falta de uma lei de execuções penais criava no

[460] A tortura seria destacadamente criminalizada pela lei nº 9.455, de 7.abr.97.

[461] O melhor das polêmicas então travadas, inclusive com a apaixonada defesa de seu anteprojeto por Hungria, está nas páginas da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio, ed. IC-UERJ (do último número de 1963 em diante). Cf. Fragoso, Heleno Cláudio, Subsídios para a História do novo Código Penal, em RDP 3/7 ss.

[462] Subsídios, cit., p. 11.

[463] O chamado Código Penal de 1969 seria finalmente revogado pela lei nº 6.578, de 11.out.78.

[464] A melhor síntese desses debates em René Dotti, História da legislação penal brasileira, cit., pp. 332 ss.

quadro deplorável de nossa realidade penitenciária. Tal lei dava o primeiro passo no sentido da unificação das penas privativas de liberdade, criando regimes de execução comuns e institucionalizando a prisão-albergue (pioneiramente regulamentada em São Paulo[465]) como modalidade do regime aberto, estipulando benefícios ressocializantes a serem regulamentados por legislação estadual, instituindo aos cinco anos a caducidade da reincidência, que não mais se distinguiria entre genérica e específica, ainda alterando positivamente a disciplina do *sursis* e do livramento condicional. A lei nº 6.416, de 24.mai.77, também modificou o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais. Sua maior contribuição, no entanto, consistiu em advertir para as possibilidades frutuosas de uma reforma do CP 1940 substituir-se à sempre adiada vigência do polêmico CP 1969.

10. Antes de passarmos à reforma da Parte Geral do CP 1940, efetuada em 1984 – paralelamente à edição de nossa primeira Lei de Execução Penal (LEP) – convém mirar o sistema penal por ele programado. E isto se faz não porque a reforma de 1984 e a LEP se tenham afastado dos paradigmas político-criminais que se desenvolveram sob a regência do CP 1940, mas sim em razão da superveniência de eixos legislativos extravagantes que mutilariam aqueles paradigmas. A centralização de poder promovida a partir de 1930 se refletiu no sistema penal como afirmação da pena pública por sobre o poder punitivo patronal ou coronelístico, que sobrevivia nas dobras do federalismo e do patrimonialismo. Uma tensão irresolúvel se instauraria entre a industrialização, perante a qual a prisão ganha o centro do sistema penal, e o estado do bem-estar (ou previdenciário) que está sendo construído, em suas utopias preventivas – obrigadas, de um lado, a fundamentar positivamente o encarceramento e de outro a ignorar ou minimizar a inevitável deterioração prisional. É o tempo das penitenciárias agrícolas ou industriais, que uma taxa específica – o selo penitenciário, criado em 1934 – permite edificar e manter. Repugna ao estado previdenciário, que lança sobre a questão criminal um olhar social e não econômico[466], o encarceramento assepticamente neutralizador. Para a ética do bem-estar, a pergunta sobre o custo do preso está interditada: como poderia o carcereiro questionar o preço da carceragem? As leis extravagantes editadas, como vimos, além do inevitável direito penal da intervenção econômica, têm um sentido limitador do poder punitivo, abrandam penas, tentam proteger sujeitos fragilizados, interessam-se pelo controle de abusos na administração pública e buscam tutelar o patrimônio público. Aquela tensão irresolúvel, entre a necessi-

[465] Cf. Silveira, Alípio, Prisão-albergue, S. Paulo, 1981, ed. Brasilivros, 2 vols, que desenvolveu o Teoria e Prática da Prisão-albergue, S. Paulo, 1973, ed. EUD.

[466] Sobre a passagem do que chama de um "estilo" social a um econômico, cf. Garland, David, *The Culture of Control*, 2001, ed. Un.Oxford, pp. 188 ss.

dade estrutural da prisão no capitalismo industrial e o modelo estatal do bem-estar, floresce nos anos setenta num discurso tático de redução da execução da privação de liberdade (*ultima ratio*), bem como nas propostas de descriminalização[467] e no nascente abolicionismo, não por acaso de criação nórdica[468]. Com todas as limitações impostas pela conjuntura política, muito deste pensamento se agrega à lei nº 6.416, de 24.mai.77, que pela primeira vez intervinha estruturalmente no CP 1940. Portanto, se abstrairmos os sistemas paralelos (por exemplo, na institucionalização médico-psiquiátrica, que dialogava com o sistema penal nas medidas de segurança mediante um dialeto positivista, ou na institucionalização da adolescência infratora, servida por um discurso tutelar que se alimentava teoricamente nas medidas de segurança) e os sistemas subterrâneos (como o de Felinto Müller durante o Estado Novo, ou o DOPS/DOI-CODI durante a ditadura militar), veremos no CP 1940 o que ele verdadeiramente foi: o grande eixo programático da criminalização do estado previdenciário. Não por casualidade, e sim pela força política que lhe era imanente, sobreviveu o CP 1940 a cinco Constituições e ao poderoso rival que a Junta Militar que governava o país decretou em 1969.

V. *A reforma da Parte Geral de 1984*

1. No final de 1980, o Ministério da Justiça instituiu comissões de juristas para a reforma da legislação penal e processual penal, bem como para a criação de uma abrangente lei de execução penal. A comissão para a reforma do direito penal – integrada por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti – concluiu um anteprojeto de Parte Geral que foi publicado em 1981 para sugestões e debates, sendo posteriormente sua revisão empreendida por outra comissão, composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale

[467] Sua recepção no Brasil em Dotti, René Ariel, Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, S. Paulo, 1998, ed. RT, pp. 251 ss.

[468] Sobre as vertentes do abolicionismo, cf. Zaffaroni, E. R., Em Busca das Penas Perdidas, trad. V.R. Pedrosa e A. L. Conceição, Rio, 1991, ed. Revan, pp. 97 ss; Carvalho, Salo, Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual, em Wunderlich, Alexandre *et alii*, Diálogos sobre a Justiça Dialogal, Rio, 2002, ed. L. Juris, pp. 129 ss; Hulsman, Louk e Celis, J.B., Penas Perdidas, trad. M.L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam; Hulsman, *Pensar en Clave Abolicionista*, trad. A. Vallespir, B. Aires, 1997, ed. Vallespir; Pérez Pinzón, A. O. *La Perspectiva Abolicionista*, Bogotá, 1989, ed. Têmis; Passeti, Edson e Dias da Silva, R.B., Conversações Abolicionistas, S. Paulo, 1997, ed. IBCCrim; Christie, Nils, *Los Límites del Dolor*, trad. M. Caso, Mexico., 1984, ed. F. Cult. Econômica; Scheerer, Sebastian *et alii Abolicionismo*, B. Aires, 1989, ed. Ediar.

Júnior. Entendeu-se então conveniente deixar para momento posterior a reforma da Parte Especial[469], e após os procedimentos legislativos foi a Parte Geral do CP 1940 objeto de profunda remodelação (lei nº 7.209, de 11.jul.84, com vigência seis meses após sua publicação – art. 5º –, motivo pelo qual se fala comumente de uma "reforma de 1985"). Também a comissão encarregada de suprir o "hiato de legalidade" do processo executório penal[470] viu, ao contrário daquela dedicada ao processo penal, seus esforços frutificarem em nossa primeira lei de execuções penais (lei nº 7.210, de 11.jul.84, que entraria em vigor concomitantemente à lei de reforma da Parte Geral – art. 204).

2. A reforma de 1984 constitui a prova definitiva da vitalidade do CP 1940, expungido de vícios que a conjuntura penalística daquela ocasião lhe impusera (como a má influência italiana quanto às medidas de segurança) e aperfeiçoado por aportes teóricos então indisponíveis (como a nova disciplina do erro). Afastou-se a restrição anterior quanto à retroatividade da lei mais benigna (comparar a redação do parágrafo único do artigo 2º), que colidia com a fórmula constitucional do princípio da legalidade então vigente (art. 153, § 16) e colidiria com a fórmula futura (art. 5º, incs. XXXIX e XL CR). Procurou-se disciplinar a omissão imprópria, caracterizando-se o garantidor (art. 13, § 2º). Atribuiu-se função minorante à reparação do dano, em crimes sem violência ou grande ameaça (art. 16). O princípio da culpabilidade foi ressalvado na hipótese, sempre ameaçadora para ele, dos crimes preterintencionais (art. 19)[471]. Notável modificação, ajustada à teoria limitada da culpabilidade, sofreu a disciplina do erro, cabendo perceber aí especial influência da paixão de Francisco

[469] Em setembro de 1983, o ministério da Justiça constituiu comissão para elaborar anteprojeto de reforma da Parte Especial (Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrade). Cerca de um ano depois, estava o anteprojeto pronto, porém só seria publicado, para críticas e sugestões, em 1987. No final de 1992, nova comissão foi instituida (Evandro Lins e Silva, Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Alberto Silva Franco, René Ariel Dotti, João Marcello de Araújo Júnior, Juarez Tavares, Jair Leonardo Lopes, Hélio Bicudo, Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Wandelkolk Moreira). Um lustro mais tarde, e nova comissão (Luiz Vicente Cernicchiaro, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Licínio Leal Barbosa) se dedicará ao assunto, que resultará num anteprojeto publicado em 1998. Desinteligências evidenciadas no seio de tais comissões apontam para as dificuldades da obra. Com muitas alterações pontuais, continua em vigor a Parte Especial do CP de 1940.

[470] Integrada por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. O anteprojeto fora publicado também em 1981.

[471] É curioso que a fórmula adotada tenha sido a mesma sugerida por Costa e Silva a Nelson Hungria (cf. Novas Questões, cit., p. 309), finalmente incorporada ao CP quase meio século depois. No entanto, a primazia tocou à legislação penal militar (CPM, art. 34).

de Assis Toledo pelo tema[472]. Embora preservada a infecunda concepção extensiva de 1940, temperada agora por uma referência à culpabilidade (art. 29), as regras sobre autoria e participação foram enriquecidas. Para não se afastar da teoria puramente objetiva, no crime continuado, criou-se regra própria para ofensas similares a bens personalíssimos (art. 71, par. ún). Baniram-se as medidas de segurança para sujeitos imputáveis, e substituiu-se pelo vicariante o irracional regime do duplo binário para semi-imputáveis. O sistema de penas foi objeto de primorosa reforma, da qual se destaca em primeiro lugar a quase integral (a subsistência da Parte Especial de 1940, bem como do CPP impediam a total) unificação das penas privativas de liberdade. A partir da quantidade de pena, conjugada à primariedade do condenado, estipula-se o regime: fechado, semi-aberto e aberto (art. 33, § 2º), dispostos em "forma progressiva". Aquilo que a lei nº 6.416, de 24.mai.77, cometera às legislaturas estaduais ganhava no corpo do código penal suas linhas básicas, enquanto dos pormenores regulamentadores tratava a LEP. As penas restritivas de direito (art. 43: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) funcionavam como substitutivos das privativas de liberdade até um ano, ou sem qualquer limite se o crime fosse culposo (art. 44). Na pena de multa, retornava-se ao critério histórico brasileiro do dia-multa (art. 49). Resolvendo polêmica que acompanhara todo o percurso do CP 1940, a aplicação da pena se regeria por um sistema trifásico (arts. 59 e 68). Aprimorou-se a suspensão condicional da pena, adaptando-a ao novo sistema. Talvez o ponto menos feliz da reforma de 1984 esteja na eufemística designação de "efeitos da condenação" para as verdadeiras penas previstas no artigo 92 (nenhuma dúvida quanto aos efeitos contemplados no art. 91). No título relativo à extinção da punibilidade, a chamada prescrição retroativa viu-se finalmente reconhecida em sua plenitude (art. 110, §§ 1º e 2º). Os aspectos ora realçados, que enaltecem a criatividade, a erudição e a sensibilidade dos juristas que colaboraram na reforma, não podem eludir o fato de que muito da Parte Geral anterior foi preservado, de que aquela "harmoniosa estrutura" do CP 1940, à qual se referia Aníbal Bruno, foi o sólido terreno onde puderam eles edificar.

3. Um arrolamento exaustivo da exuberante produção legislativa penal posterior à reforma da Parte Geral de 1984 é desnecessário, de vez que compilações completas podem ser facilmente encontradas, dispostas temática ou cronologicamente, em diversas edições anuais do código penal[473]. Da mesma forma, e tal como se deu anteriormente, na abordagem de programações criminalizantes históricas – não se fará

[472] Toledo, Francisco de Assis, Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal, em RT 517/251 ss; O Erro no Direito Penal, cit.

[473] Destacam-se aquelas organizadas por Juarez de Oliveira (ed. Saraiva, S. Paulo) e por Maurício Antônio Ribeiro Lopes (ed. RT, S. Paulo).

aqui uma listagem estática da rica literatura jurídico-penal brasileira contemporânea, sem embargo das tantas ocasiões em que se recorreu a ela. Com o notável conjunto de monografias e obras gerais produzido a partir da reforma de 1984, e mesmo com os trabalhos anteriores cuja pertinência não se viu afetada pelas retificações legislativas, dialogaremos intensamente nos segundo (dedicado à teoria do delito) e terceiro (dedicado à teoria da pena) volumes deste livro.

4. As representações políticas comprometidas com as transformações econômicas e culturais que, com raízes na crise de 1973, conduziriam ao que se costuma chamar de neoliberalismo ou globalização[474], chegaram ao poder no Brasil em 1989 e nele se mantiveram até hoje (2002). A desaceleração do crescimento econômico – acompanhada, em países periféricos como o nosso, da destruição de parques industriais –, a queda nos rendimentos dos trabalhadores que logram escapar ao desemprego massivo ou se submetem à flexibilização de suas garantias ou ao sub-emprego, em contraste com uma fantástica acumulação financeira, o desmonte de programas assistenciais públicos característicos do estado previdenciário, tudo isso gera gravíssimas consequências sociais. À reflexão jurídica acerca dessa conjuntura[475] cabe, no âmbito penal, deter-se sobre mutações na estrutura e funcionamento do sistema penal, e um dos indicadores mais importantes reside na programação criminalizante. A hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora)[476] pode ser experimentada num rápido exame de dois grupos de leis penais extravagantes[477]. No primeiro destes grupos encontraríamos a lei nº 9.099, de 26.set.95 (criando os Juizados Especiais Criminais, orientados à obtenção da reparação do dano *ex delicto* e à aplicação de pena não privativa de liberdade – art. 62 –, introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo), a lei nº 9.268, de 1º.abr.96 (que alterou o art. 51 CP para impedir a conversão da multa não paga em privação da liberdade, além de amenizar as condições do *sursis* do condenado que reparou o dano), a lei nº 9.714, de 25.nov.98 (que elevou de 1 para 4 anos a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade aplicadas em crimes dolosos, acrescendo contudo a exigência de que em tais crimes não interviesse violência ou grave ameaça, e criando duas novas penas restritivas de direito) e a lei nº 10.259, de 12.jul.01 (que, ao instituir os Juizados Especiais no âmbito na Justiça Federal, dilargou o cabimento da suspensão condicional do processo). Este grupo de leis poderia legitimamente situar-se na linhagem daquele discurso tático de redução da execução da privação da liberdade (*ultima ratio*), se não tivesse como contrapartida necessária sua mais cabal negação. Podemos perceber com clareza esta ambiguidade na exposição de motivos ministerial da mensagem que se converteria na lei nº 9.268, de 1º.abr.96: se o argumento de que "a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social" fundamentava ali uma notável ampliação do uso substitutivo das penas restritivas de direito, poucas linhas adiante o argumento desaparecia perante "agentes de crimes graves cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social", pouco importando que a prisão não viesse cumprindo seu objetivo, o qual, diga-se de passagem, jamais cumpriu. Num segundo grupo de leis encontraremos uma política criminal diametralmente oposta à do primeiro. Podemos formatar boa amostragem com a lei nº 8.072, de 25.jul.90 (que regulamentou, inconstitucionalmente, os "crimes hediondos"[478], ampliando as duríssimas restrições do texto constitucional[479] e os prazos da prisão temporária, elevando penas e impedindo a progressividade na execução, além de instituir a delação premiada), a lei nº 8.930, de 6.set.94 (que aumentou o rol de crimes hediondos,

---

[474] Dentre a farta bibliografia sobre o tema, sugere-se: Bauman, Zygmunt, Globalização – as consequências humanas, trad. M. Penchel, Rio, 1999, ed. Zahar, e O Mal-estar da Pós-modernidade, trad. M. Gama e C. M. Gama, Rio, 1998, ed. Zahar; Forrester, Viviane, O Horror Econômico, trad. A. Lorencini, S. Paulo, 1997, ed. UNESP; Anderson, Perry, As Origens da Pos-modernidade, trad. M. Penchel, Rio, 1999, ed. Zahar; Fiori, José Luís, Os Moedeiros Falsos, Petrópolis, 1998, ed. Vozes; Sader, Emir (org.) Pós-neoliberalismo, S. Paulo, 1995, ed. Paz e Terra; Tavares, Maria da Conceição, Destruição Não-criadora, Rio, 1999, ed. Record; Furtado, Celso, O Capitalismo Global, S. Paulo, 1998, ed. Paz e Terra; Santos Milton, Por uma Outra Globalização, S. Paulo, 2000, ed. Record; Mello, Alex Fiúza de, Marx e a Globalização, S. Paulo, 1999, ed. Boitempo; Pochmann, Márcio, O Emprego na Globalização, S. Paulo, 2001, ed. Boitempo; Lesbaupin, Ivo (org.) O Desmonte da Nação, Petrópolis, 2000, ed. Vozes; Bochi, João Ildebrando (org.) Restrições Externas e Desenvolvimento Econômico no Brasil, S. Paulo, 2000, ed. EDUC; Vasconcellos, Gilberto F., O Príncipe da Moeda, Rio, 1997, ed. Espaço e Tempo; Ianni, Octavio, Teorias da Globalização, Rio, 1995, ed. Civ. Bras.

[475] Também exemplificativamente, sugere-se Arruda Júnior, Edmundo Lima, Direito Moderno e Mudança Social, B. Horizonte, 1997, ed. Del Rey; Faria, José Eduardo (org.) Direito e Globalização Econômica, S. Paulo, 1996, ed. Malheiros; AA.VV. Direito e Cidadania na Pós-modernidade, Piracicaba, 2002, ed. UNIMEP; Wunderlich, Alexandre *et alii*, Diálogos, cit.; Delmas-Marty, Mireille, Três Desafios para um Direito Mundial, trad. F. Hassan Choukr, Rio, 2002, ed. L.Juris.

[476] Para essa hipótese, cf. Batista, Nilo, Os sistemas penais brasileiros, em Pereira de Andrade, Vera Regina (org.) Verso e Reverso do Controle Penal, Florianópolis, 2002, ed. Fund. Boiteux, e Prezada Senhora Viégas, em DS-CDS, nº 9/10, pp. 103 ss.

[477] Não nos deteremos sobre a programação criminalizante diretamente inspirada pelas instâncias financeiras internacionais dessa conjuntura. Ao que se poderia, algo jocosamente, designar por "pauta político-criminal do FMI" se filiam as leis nº 9.613, de 3.mar.98 (sobre "lavagem" de dinheiro) e nº 10.028, de 19.out.00 (responsabilidade fiscal, também alterando o art. 339 CP).

[478] Cf. *supra* § 15, I, 5.

[479] Comparar o art. 5º, inc. XLIII CR e o art. 2º, incs. I e II da lei.

nele incluindo o homicídio qualificado), a lei nº 9.034, de 3.mai.95 (na qual, a pretexto de investigar a inconsistência conceitual chamada "crime organizado", sai em campo um juiz inquisidor – art. 3º – que não concederá liberdade provisória – art. 7º – nem apelação em liberdade – art. 9º)[480], as "leis Serra" de nº 9.677, de 2.jul.98 e nº 9.695, de 20.ago.98 (para alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, a primeira delas eleva delirantemente as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os inclui entre os "crimes hediondos"), a lei nº 9.807, de 13.jul.99 (que atribui à delação eficaz o perdão judicial – art. 13 – e cria benefícios para "réus colaboradores") e mesmo a lei nº 10.409, de 11.jan.02 (que instituiu o que poderia designar-se por "delação premiada consensual" – art. 32, § § 2º e 3º – e concentrou em audiência única toda a instrução dos casos de drogas ilícitas). Se não poderia causar surpresa a diferença entre duas leis – uma, no Estado previdenciário, e a outra no Estado neoliberal – versando o mesmo objeto[481], aqui se observa fenômeno distinto: a

[480] Em fevereiro de 2004, STF finalmente declarou a inconstitucionalidade do art. 3º (ADin nº 1.570, rel. Min. Maurício Corrêa).

[481] Tomemos como exemplo a prisão especial, que o CPP previa em seu art. 295 para ocupantes de certos cargos públicos, oficiais, magistrados, diplomados em curso superior, ministros de confissão religiosa e jurados. Foi a prisão especial regulamentada pelo dec. lei nº 38.016, de 5.out.55, garantindo "alojamento condigno", "recreio", "uso do próprio vestuário", visitas de advogados e parentes próximos "sem restrições, durante o horário do expediente", "recepção e transmissão de correspondência livremente" – ressalvada ordem da "autoridade competente" – "assistência de médico particular", "alimentação" que, em casos especiais, poderia ser "enviada pela família ou por amigos", e "transporte diferente do empregado para os presos comuns". A lei nº 5.256, de 6.abr.67, preconizava que onde não houvesse o "estabelecimento adequado", poderia o juiz, ouvido o Ministério Público, autorizar a prisão domiciliar, acrescida eventualmente de outras limitações, entre as quais uma vigilância policial "exercida sempre com discreção e sem constrangimento para o réu e sua família" (art. 3º). É claro que este regime legal, característico de um sistema de bem-estar, viu-se estendido, antes e depois do decreto e da lei citados, a inúmeras categorias profissionais, com ou sem alteração do CPP: ainda em 1949, aos oficiais da Marinha Mercante, em 1956 a dirigentes sindicais, em 1957 a servidores públicos, em 1961 a aviadores civis, em 1963 a advogados, em 1967 a policiais civis e também a jornalistas, em 1979, a juízes de paz, em 1983 a professores de 1º e 2º graus etc. As condições carcerárias brasileiras sugeririam que o já tão dilatado privilégio viesse, especialmente após a consagração constitucional da presunção de inocência, a generalizar-se completamente. Mas foi em sentido oposto que o legislador neoliberal marchou, ao editar a lei nº 10.258, de 11.jul.01, acrescentando cinco parágrafos as ao art. 295 CP. O § 1º esclarece que a prisão especial "consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum". O § 2º dispõe que "não havendo estabelecimento específico" – como, aliás, só o legislador não sabia no Brasil – o preso seria recolhido em "cela distinta do mesmo estabelecimento". Apressa-se o § 3º em esclarecer que a "cela especial" – que a tanto já se reduzira a prisão especial – "poderá consistir em alojamento coletivo", tendo a fineza de condicionar o agora "alojamento especial" a sua adequação à "existência humana". O § 4º garante ao preso especial transporte distinto do preso comum, e o § 5º repisa que "os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum". Em síntese, a prisão especial se transformou no transporte especial, e nada mais. Não teria sido mais sincero revogá-la?

programação criminalizante neoliberal tem dois caminhos conflitantes, duas inspirações antagônicas, que conduzem à convivência de dois subsistemas penais com regras e procedimentos distintos para duas clientelas de extrações sociais igualmente distintas. Nessa distinção Vera Andrade viu "a nova musa do direito penal"[482], porém nem todos os seus cantores percebem, como Jackson de Azevêdo, que as medidas alternativas se instituíram complementarmente ao encarceramento "para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão, e mesmo depois de sua implantação manteve a tradição de imunidade: as classes média e alta"[483]. De toda sorte, a criação dessas novas agências judiciais – os Juizados Especiais Criminais –, articuladas nos grandes centros urbanos com agências policiais, não deixou de ser o elixir que ressuscitou uma fauna delituosa meio em extinção, aquelas contravenções e aqueles pequenos crimes para os quais já não se dava importância, à míngua de burocracia; as malhas da rede diminuíram. Mas aquele tratamento diferenciado pode mesmo alcançar a teoria do delito, e basta verificar que enquanto para o furto ainda predomina, na caracterização da tentativa, o tradicionalmente aceito critério da *ablatio*, para o roubo – a despeito do núcleo típico ser exatamente, inclusive do ponto de vista gramatical, o mesmo – gradualmente os tribunais passaram a adotar o critério da simples remoção (*amotio*)[484]. Os novos papéis que a mídia entrou a desempenhar, configurando-se como um conjunto de agências de comunicação social do sistema penal que podem mesmo desempenhar tarefas próprias das agências executivas, resultaram não apenas numa instável legitimação publicitária da hipercriminalização, mas sobretudo num instrumento de compreensão induzida dos conflitos sociais a partir da estreita lógica binária infracional. Este novo sistema penal, na sua face dura, não postula do encarceramento as utopias preventivas ressocializadoras, senão a mais fria e asséptica neutralização do condenado. Enquanto, sob o estado previdenciário, germinavam instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema do estado neoliberal, replicante do vigilantismo eletrônico, é invasivo e cultiva a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso. A criminalização do protesto e de movimentos sociais significa um retorno ao mote da República Velha, segundo o qual a questão social seria um caso de polícia. Os números chocantes do narcogenocídio, dispersos nas páginas policiais em breves notas necrológicas de confrontos policiais, não sensibilizam perante o medo diariamente alavancado para sua legitimação. Como assinala Vera Malaguti Batista, "no Brasil a difusão do medo

[482] No prefácio a Carvalho, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil, cit., p. 4.

[483] Azevêdo, Jackson C. de, Reforma e Contra-reforma Penal no Brasil, Florianópolis, 1999, ed. OAB-SC, p. 108.

[484] Reportando-se a "assentada jurisprudência desta Corte e do STF", STJ, 5ª T, REsp nº 284.105-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, un.; explicitando a adesão à "vertente doutrinária denominada *amotio*", STJ, 6ª T., HC nº 21.812-SP, rel. Min.Fernando Gonçalves, un.

do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de exclusão e disciplinamento das massas empobrecidas"[485]. O encarceramento cresce alarmantemente, de forma drástica nas áreas nas quais a destruição do parque industrial foi mais intensa[486], sugerindo a realização da metáfora de Loïc Wacquant[487]; é como se se tratasse de um sinistro programa habitacional para os novos pobres. O sistema penal do empreendimento neoliberal é o cenário sombrio no qual o estado, pateticamente despossuído dos generosos instrumentos assistenciais que outrora teve em mãos, impõe às magras silhuetas dos desajustados e inúteis da nova economia a única intervenção na qual repousa agora sua autoridade: a pena.

[485] Malaguti Batista, Vera, O medo e o método, em DS-CDS, nº 9/10, p. 188.

[486] De 95,5 presos (sobre 100.000 habitantes) em 1995, passamos para 141 em 2002; naturalmente, o estado de São Paulo lidera com a taxa de 276,3 presos (o Distrito Federal tem 269,2, o Rio de Janeiro 147,2 e o Rio Grande do Sul 146,6). Cf. Lemgruber, Julita – Musumeci, Bárbara – Ramos, Silvia, Por que é tão difícil implementar uma política de segurança? Rio, 2002, IBASE, p. 53.

[487] Wacquant, Loïc, Punir os Pobres, Rio, 2001, ed. ICC – F. Bastos; do mesmo, As Prisões da Miséria, trad. A. Telles, 2001, ed. Zahar.

CAPÍTULO VII

GENEALOGIA DO PENSAMENTO PENAL

AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Nápoles, 1991; Accademia Nazionale dei Lincei, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Roma, 1965; Agudelo Betancur, Nodier, *El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Bogotá, 1988; Ajello, Raffaelle, *Formalismo medievale e moderno*, Nápoles, 1980; Ambrosoli, Filippo, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani, na trad. italiana dos Elementa*, pp. XI ss.; Andreotti, Giulio, Ore 13*: il Ministro debe morire. La tragica fine di un appassionato uomo di governo della Roma di Papa Pio IX*, Milão, 1991; Asúa Batarrita, Adela (org.), *El pensamiento penal de Beccaría: su actualidad*, Bilbao, 1990; Bader, Guido, *Die Hexenprozesse in der Schweiz*, Affoltern, 1945; Bakounine, Miguel, *Dios y el Estado*, trad. E. Heras, Valencia, s/d.; Barrière, Pierre, *Un grand Provincial: Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu*, Bordeaux, 1946; Barthou, Louis – Walter, Gérard, *Marat*, 1946; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse, Die Geschichte eines Massenwahns und seiner Bekämpfung*, Munique, 1963; Baumgarten, Arthur, *Paul Johann Anselm von Feuerbach, anlässlich seines 100. Todestags, em Sch. Z. F. Strafrecht*, Berna, 1933, pp. 293 ss.; Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del settecento, a cura di Franco Venturi*, Turim, 1981; também, Dos Delitos e das Penas, trad. Sabino Jr., Vicente, S. Paulo, 1972, ed. Juriscrédi; Dos Delitos e das Penas, trad. Campana, A. C., S. Paulo, 1978, ed. Bushatsky (com introdução de Calamandrei); Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Breslau, 1778; do mesmo, *Opere diverse del Marchese Cesare Beccaria Bonesana Patrizio Milanese*, Nápoles, 1770 (dois volumes); Beiderman, Bernardo, *Vigencia del ideario de Beccaria en la política criminal latinoamericana*, em *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodriguez Devesa*, Madri, 1989, pp. 99 ss.; Belloni, Giulio Andrea, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Turim, 1931; Biggini, C.A., *Rassegna bibliografica in torno a Pellegrino Rossi*, em *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1930, pp. 140 ss.; Binding, Karl, *Zum hundertjährigen Geburtstage Paul Anselm Feuerbachs*, reproduzido em *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Munique e Leipzig, 1915, pp. 507 ss.; Birkhan, Ingvild, *Feindbild*

Hexe –Feindbild Frau? Zur Ideologie der Hexenverfolgungen, em Grabner-Haider-Weinberger-Weinke, Fanatismus und Massenwahn, Graz-Viena, 1987, pp. 99 ss.; Blasco y Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal. El primer penalista de América española*, México, 1957; Böhmer, Georg Wilhelm, *Litteratur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen, Göttingen, 1816, reed.* Amsterdam, 1970; Bracalini, Romano, *Cattaneo. Un federalista per gli italiani*, Milão, 1995; *Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, nº 49, jul.1955, Antologia do pensamento jurídico português*; Bunge, Mario, *La investigación científica*, Barcelona, 1976; do mesmo, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., 1978; Byloff, Fritz, *Das Verbrechen der Zauberei (crimen magiae). Ein Beitrag zur Geschichte der Strafrechtspflege in Steiermark*, Graz, 1902; Caboara, Lorenzo, *La filosofía política di Romagnosi*, Roma, 1936; Campa, Riccardo, *La universidad de Bolonia y el debate de la razón*, Bs. As., 1989; Cançado Trindade, Antônio Augusto, Direitos humanos e meio ambiente, Paralelo dos sistemas de proteção internacional, Porto Alegre, 1993; Canuti, G., *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto*, Grottaferrata, 1924; Cardini, Franco, em *Commento* a Gui, Bernard, *Manuale dell'inquisitore*, Milão, 1998; Carmignani, Giovanni, *Cause celebri discusse dal Cav. Commendatore Giovanni Carmignani*, Pisa, 1843; do mesmo, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831; Carmignani, Joannis, *De Pisana Academia Antecessoris, Juris Criminalis Elementa, Editio tertia, Pisis, Excudebat Sebastianus Nistri, 1822; trad. italiana, Elementi di Diritto Criminale del Professore Giovanni Carmignani. Traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del prof. Caruana Dingli, Prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli*, Milão, Francesco Sanvito ed., 1863; Carrara, Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa dal Professore Francesco Carrara*, Florença, 1924; do mesmo, *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885; Casas Fernández, Manuel, *Voltaire criminalista, Precursor del humanitarismo en la legislación penal*, Madri, 1931; Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972; do mesmo, *Kant, vida y doctrina*, México, 1968; Cattaneo, Carlo, *Sulla riforma carceraria. Rapporto al Congresso di Lucca, em Il Politecnico*, VI, 1843, pp. 604 ss.; Cattaneo, Mario A. *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milão, 1976; do mesmo, *Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, em Gaetano Filangieri e *l'Illumnismo europeo*, 1991, pp. 274 ss.; também, Anselm Feuerbach, *filosofo e giurista liberale*, Milão, 1970; Francesco Carrara e *la filosofia del diritto penale*, Turim, 1988; *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milão, 1981; Cavalieri, Paula, *La questione animale. Per una teoria allargata dei diritti umani*, Turim, 1999; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa

Sociale, Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, Milão, 1988; Claro, Andrés, *La inquisición y la cábala. Un capítulo de la diferencia entre metafísica y exilio*, v. I, *Historia: Saber y Poder*, Santiago do Chile, 1996; Coquard, Oliver, Marat, *O amigo do Povo*, São Paulo, 1996; Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, 1953; Costa, Pietro, *Il progetto giuridico. Richerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, v. I, Milão, 1974; Couto, F. de A. e Carvalho, L. J. D. de, Lições de Direito Criminal segundo as preleções oraes do Dr. Bazilio Alberto de Souza Pinto, adaptadas às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire, Pernambuco, 1847, ed. Tip. União; Crossman, R.H.S., *Biografía del Estado moderno*, México, 1994; Cyriax, Oliver, *Diccionario del crimen*, Madri, 1996; Dareste, Rodolphe, *Études d'histoire du Droit*, Paris, 1889; Dassen, Julio, *Voltaire, defensor de Juan Calas*, Buenos Aires, 1963; de Cervantes, Javier, *La tradición jurídica de occidente*, México, 1978; De Maistre, José, *Las veladas de San Petersburgo*, Madri, 1946; Diefenbach, Johann, Der Hexenwahn vor und nach der Glauberspaltung in Deutschland, Mainz, 1886; Döbler, Hannsferdinand, Hexenwahn. Die Geschichte einer Verfolgung, Munique, 1977; Dumas, Malone, Dictionary of American Biography, New York, 1933; Eco, Humberto, Cinco escritos morales, Barcelona, 1998; Eusebi, Luciano, *La funzione della pena: il comiato da Kant e da Hegel*, Milão, 1989; do mesmo, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; Eymerich, Nicolau – Peña, Francisco, *Il Manuale dell'inquisitore, a cura de Louis Sala-Molins, introd. Valerio Evangelisti*, Roma, 2000; *Facoltà di Giurisprudenza della Universitá di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milão, 1991; Facultades de Filosofía y Teología, Bibliografía filosófica del siglo XX, Buenos Aires, 1952; Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799; do mesmo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801; também, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn; Über den Stand der Natur. Ein Fragment*, em *Meissners Monatschrift Apollo*, 1794, pp. 197 ss.; Kaspar Hauser. *Un delitto esemplare contro l'anima, con uno scritto di Walter Benjamin e una nota di Geminello Alvi*, Milão, 1996; Filangieri, Gaetano, *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*, Milão, por Giovanni Silvestri, 1807; *La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*, Paris, 1853; Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; Freitas, Ricardo de Brito, Razão e Sensibilidade, S. Paulo, 2001, ed. J. Oliveira; Funck Brentano, *Marat ou le mensonge des mots*, Paris, 1941; Galindo Ayuda, Fernando, *La Scienza della legislazione en el nacimiento del liberalismo Español, em Gaetano Filangieri e l'Illumnismo europeo*, 1991, pp. 375 ss.; García Garrido, Manuel Jesús – Francisco, Eugenio, *Estudios de Derecho y Formación de*

Juristas, Madri, 1990; Garrido, Luis, *Montesquieu penalista, em Notas de un penalista*, México, 1947, pp. 157 ss.; Geilen, Heinz Peter, *Die Auswirkungen der Cautio Criminalis von Friedrich von Spee auf den Hexenprozess in Deutschland*, Bonn, 1963; Ginzberg, Eli – Eichner, Alfred S., *El negro y la democracia norteamericana*, México, 1968; Globig, Hans Ernst von – Huster, Johann Georg, *Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. Eine von der ökonomischen Gesellschaft in Bern gekrönte Preisschrift*, Zürich, 1783; Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política y su influencia en la virtud y dicha generales*, trad. J. Prince, Buenos Aires, 1945; Graven, Jean, *Grandes figures et grandes ouvres juridiques*, Genebra, 1948; do mesmo, *Montesquieu et le droit pénal dans Montesquieu, sa pensée politique et constitutionelle*, Paris, 1952; também, Pellegrino Rossi, *Grand européen, Hommage pour le centième anniversaire de sa mort*, 1848-1948, Genebra, 1949; Grolmann, Karl von, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematische Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetzen, Giessen, 1798; Grünhut, Max, Ansel v. *Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, em *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1922, pp. 15 ss.; Gui, Bernard, *Manuale dell'inquisitore*, trad. Narno Pinotti, Milão, 1998; Gutiérrez, Josef Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas, publícale el Lic. Don Josef Marcos Gutiérrez para mayor ilustración, la mas fácil inteligencia y el mejor uso de las doctrinas contenidas en la parte tercera de su Práctica Criminal de España, Madri, Imprenta de Vega y compañía año de 1806*; Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista escrito en 1788 por los señores Hamilton, Madison y Jay, sobre la nueva Constitución con un apéndice que contiene las cartas de Pacificus y Helvidius sobre la proclamación de la neutralidad en 1793, asi como los artículos originarios de la Confederación y la Constitución de los Estados Unidos, traducidos por el Dr. D. Ildefonso Isla*, Buenos Aires, 1887; Hammes, Manfred, *Hexenwahn und Hexenprozesse*, Frankfurt, 1977; Hansen, Joseph, *Quellen und Untersuchungen zur Geschichte des Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter*, Bonn, 1901; Hansen, Joseph, Zauberwahn, *Inquisition und Hexenprozess im Mittelalter und die Entstehung der grossen Hexenverfolgung*, Munique, 1900; Hecht, Ingeborg, In tausend Teufels Namen. Hexenwahn am Oberrhein, Friburgo, 1977; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973; do mesmo, *La pregunta por la técnica*, em *Conferencias y artículos*, Barcelona, 1994; também, *Ormai solo un dio ci può salvare. Intervista con lo Spiegel*, Parma, 1987; *Sein und Zeit*, Tubingen, 1953; *Umanesimo e scienza nell'era atomica*, Brescia, 1984; Heinsohn, Gunnar-Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen. Beiträge zur Theorie und Geschichte von Bevölkerung und Kindheit*, Munique, 1989; Heppe, Heinrich, *Soldan's Geschichte der Hexenprozesse*, Stuttgart, 1880; Hertz, Eduard, *Voltaire und di französische Strafrechtspflege im 18.*

Jahrhundert, Stuttgart, 1887; Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madri, 1983; Holzhauser, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe, Das Problem des Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlim, 1970; Hommel, Karl Ferdinand, *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; do mesmo, *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze, 1772 (reed. Berlim, 1970)*; Honegger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit, Studien zur Sozialgeschichte eines kulturellen Deutungsmusters*, Frankfurt, 1978; Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución*, 1789-1848, Bs. As., 1998; Hunt, H., *Life of Edward Livingston*, 1864; Ignatieff, Michael, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese 1750-1850*, Milão, 1982; Ihde, Wilhelm, *Wegscheide* 1789, Berlim, 1941; Jaurés, Jean, *Historia Socialista* (1789-1900), Valencia, s.d. ; Jerouschek, Günter, *Friedrich von Spee als Justizkritiker*, em ZStW, 1996, pp. 243 ss.; Jerouschek, Günter, *Thomasius und Beccaria als Folterkritiker*, em ZStW, 1998, pp. 658 ss.; Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft (Werkausgabe herausg. von Wilhelm Weischedel*, Frankfurt, 1988, t. VII); *Kritik der reinen Vernunft (Werkaufgabe, t. III e IV); Kant, Immanuel, Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen (Werkausgabe)*; Metaphysik der Sitten, *Rechtslehre (Werkaufgabe, t. VIII); Über das Misslingen aller philosophischen Versuche in der Theodizee (Werkaufgabe*, t. XI); *Über Pedagogik (Werkaufgabe*, t. XII); Kipper, Eberhard, *Johann Paul Anselm Feuerbach, sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Darmstadt, 1969; König, Emil, Ausgeburten des Menschenwahns im Spiegel der Hexenprozesse, Berlim, s.d. (c. 1910); Kraemer y Sprenger: *El martillo de las brujas*, trad. Miguel Jiménez Monteserín, Madri, 1976; *Malleus Maleficarum*, trad. Montague Summers, Londres, 1928 (reimp. 1951); *O Martelo das feiticeiras*, trad. Paulo Fróes, Rio de Janeiro, 1991; Kronemberg, M., *Kant. Sein Leben und Seine Lehre*, Munique, 1905; Kunstmann, Hartmut Heinrich, *Zauberwahn und Hexenprozess in der Reichsstadt Nürnberg*, Nuremberg, 1970; La Torre, Massimo, *Anarchismo e giusnaturalismo*, em *Il diritto e il rovescio*, Milão, 1982, pp. 105 ss.; Lalinde Abadía, Jesús, *El eco de Gaetano Filangieri en España*, em *Gaetano Filangieri e l'illuminismo Europeo*, 1991, pp. 454 ss.; Laplaza, Francisco P., *Francisco Carrara, Sumo Maestro del derecho penal*, Buenos Aires, 1950; Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas contrahído á las leyes de España, para facilitar su reforma, por Don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S.M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancellería de Granada*, Madri, 1782; do mesmo, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o fuero de los Jueces*, em *Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos codices por la Real Academia Española*, Madri, 1815, pp. III a XLIV; Latorre, Bernardo, *Compendio de la obra que escribió el Caballero*

Filangieri, titulada Ciencia de la legislación, con notas de los autores más clásicos, redactado en el año 1834 por Don Bernardo Latorre, Magistrado Honorario y Juez de Primera Instancia de Toledo, Madri, 1839; Lautenbauer, Siegfried, *Hexerei- und Zaubereidelikt in der Literatur von 1450 bis 1550*, Berlim, 1972; Ledermann, P. Rossi, l'homme et l'economiste, Paris, 1929; Leithäuser, Joachim G., *Das neue Buch vom Aberglauben*, Berlim, 1964; Lins e Silva, Evandro, *De Beccaria a Filippo Gramatica*, em Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, Rio de Janeiro, 1992, pp. 5. ss.; Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Armando Lázaro Ros, Madri, 1990; Lohmann, Friedrich, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revol*ution, Bonn, 1963; Lorene, Sönke, *Aktenversendung und Hexenprozess*, Frankfurt, 1982; Luisi, Luiz, Os novecentos anos da ciência do direito, em Filosofia do Direito, P. Alegre, 1993; Lustkandl, W., *Sonnenfels und Kudler*, Viena, 1891; Maestro, Marcello, *Cesare Beccaria e le origine della riforma penale*, Milão, 1977; Manupella, Giacinto, *Cesare Beccaria (1738-1794), Panorama Bibliografico*, Coimbra, 1964 (separata do Boletim da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra, 1963, pp. 107 a 375); Marat, J. P., *Principios de legislación penal*, Madri, 1891; Melossi, Dario, El estado del control social. Un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia, México, 1992; Mello Freire, *Paschalis Josephi Mellii Freirii, Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber singularis*, Coninbricae, 1842 a primeira edição data de 1789); do mesmo, *Historia Juris Civilis Lusitani*, Lisboa, 1788; *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789; Merzbacher, Friedrich, *Die Hezenprozesse in Franken*, Munique, 1970; Mondolfo, Rodolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, 1946; Montesquieu, *Ouvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition, revue, corrigée et consideérablement augmentée par l'autor*, Londres, 1767; *Esprit des Lois, par Montesquieu, avec les notes de l'autor et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan etc.*, Paris, 1849; Moore, E. H., The Livingston Code, em Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology, nov. de 1928, pp. 344 ss.; Mori, F. A., *Scritti Germanici di Diritto Criminale, Livorno, 1846 (t. III e IV, 1847)*; existe uma extranha edição parcial de tradutor anônimo, em dois tomos: *Scritti Germanici di Dritto Criminale. Opera que può formar seguito e compimento alla teorica del Dritto Penale di A. Chaveau, Prima versione italiana con note riguardanti la legislazione in vigore nel Regno delle Due Sicilie*, Nápoles, 1852; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Müller, Wilibald, *Josef von Sonnenfels*, Viena, 1882; Murillo, Susana, *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Bs. As., 1996; Nathan Bravo, Elia, *Territorios del mal. Un estudio sobre la persecución europea de brujas*, México, 1997; Naucke,

Wolfgang, *Kant und das psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburgo, 1962; Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra, II, Von der Erlösung*, em *Werke in vier Bänden*, ed. Karl Müller, Erlangen, I; Nuvolone, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Pádua, 1969; Pagano (h.), José León, *Aproximación a los demonios y las brujas*, Bs. As., 1996; Pagano, Francesco Mario, *Principj del codice penale*, Milão, 1803; do mesmo, *Considerazioni sul processo criminale*, Milão, 1801; também *Saggi politici*, en *Opere fisosofico-politiche ed estetiche*, Saggio II (1783), Nápoles, 1848; Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, 1954; Pardini, Francesco, Cenni biografici intorno al Prof. Giovanni Carmignani, Pisa, 1847; Pereda, Julián, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959; Pereira dos Santos, Gérson, *Do passado ao futuro em direito penal*, Porto Alegre 1991; Poliakov, León, *La causalidad diabólica. Ensayo sobre el origen de las persecuciones*, Barcelona, 1982; Radbruch, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*, Göttingen, 1969; Radbruch, Gustavo – Gwinner, Enrique, *Historia de la criminalidad (Ensayo de una Criminología histórica)*, Barcelona, 1955; Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*, México, 1967; Riezler, Sigmund, *Geschichte der Hexenprozesse in Bayern. Im Lichte der allgemeinen Entwickelung dargestellt*, Stuttgart, 1896; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, 1993; do mesmo, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fé, 1964; Robert, Henri, *Les grands procés de l'histoire*, Paris, 1928; Roberts, Edward – Pastor, Bárbara, *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*, Madri, 1997; Romagnosi, Giandomenico, *Genesi del diritto penale*, Florença, 1834 (5ª ed.); do mesmo, *Opere edite e inedite di G.D.Romagnosi sul diritto penale con annotazioni di Alessandro De Giorgi*, Milão, parte I, 1841, parte II, 1842, I; do mesmo, *Degli enti morali, em Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a dicernere il vero dal falso*, t. II, Milão, 1836; também, *Progetto del Codice di Procedura Penale pel cessato Regno d'Italia*, Prato, 1838; Rossi, Pellegrino, *Ouvres Complètes de P. Rossi, publiées par ordre du Gouvernement Italien, Traité de Droit Pénal*, Paris, 1863; Ruggiero, Gerardo, *Gaetano Filangieri, Un uomo, una famiglia, un amore nella Nápoles del settecento*, Nápoles, 1999; Rüping, Hinrich, *Carpzov und Thomasius*, em ZStW, 1997, pp. 381 ss.; do mesmo, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Munique, 1991; Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*, Turim, 1930; Scalvanti, O., *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale*, Perugia, 1888; Scandellari, Simonetta, *Alcune note sull' influenza di Filangieri nella Codificazione Penale Spagnola del 1822*, em *Gaetano Filangieri e l'Illumnismo europeo*, 1991, pp. 519 ss.; Schaffstein, Friedrich, *La Ciencia europa del Derecho penal en la época del humanismo*, Madri, 1957; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrecht*spflege, Göttingen, 1951; Schmidt, Eberhard, *Montesquieus "Esprit des Lois" und die Problematik der*

Gegenwart von Recht und Justiz, em Fest.f.W.Kiesselbach, Hamburgo, 1947; Schubert, Gernot, *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Beyern aus dem Jahre 1824*, Berlim, 1978; Schwager, Johann Moriz, *Versuch einer Geschichte der Hexenprozesse*, Berlim, 1784; Servan, Michel de, *Ouvres de Servan, Nouvelle édition augmentée de plusiers piéces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de* Portets, Paris, 1822; Sonnenfels, Josef von, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, Viena, 1798; do mesmo, *Über die Abschaffung der Tortur, Zürich, 1775 (reimp. Berlim, 1970)*; também *Über die Stimmenmehrheit bey Kriminal-Urtheilen*, Viena, 1808; Spielmann, Karl Heinz, Die Hexenprozesse in Kurhessen, Marburg, 1932; Spirito, Ugo, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai girni nostri*, Turim, 1932; Stebel, Heinz-Jürgen, *Die Osnabrücker Hezenprozesse*, Osnabrück, s.d.; Stirner, Max (Kaspar Schmidt), *Der Einzige und sein Eigentum*, Leipzig, 1892; Stooss, Karl, *Montesquieus Kriminalpolitik, em Sch. Z.f.Strafrecht, 32 (1919)*, pp. 22 ss.; Tamburini, Pietro *Storia generale della inquisizione*, Milão, 1862; Teichmann, Eduard, *Renaissance und Hexenwahn mit besonders Berücksichtigung der Verbrennung Lauttners in Müglitz*, Hohenstadt, 1932; Thomasius, Christian, *Über die Hexenprozesse, Überarbeitet und herausgegeben von Rolf Lieberwirth*, Weimar, 1967; Valbuena Reformado, Diccionario Latino-Español, Paris, 1930; Valeri, Nino, *Pietro Verri*, Milão, 1937; van den Haag, Ernest, *Punishing Criminals. Concerning a very old and painful question*, New York, 1975; Van der Vekené, E., *Bibliographie der Inquisition*, Hildesheim, 1963; Vasconcelos, José, *Estudios indostánicos*, Madri, 1923; Veríssimo Serrao, Joaquim, *História das Universidades*, Porto, 1983; Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, trad. Manuel de Rivacoba, Bs. As., 1977; von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis seu de processibus contra sagas liber. Ad magistratus Germaniae hoc tempore necessarius, tut autem consiliariis et confessariis Principum, Inquisitoribus, Judicibus, Advocatis, Confessariis reorum, concionatoribus, caeterig lectu utilissimus, Auctore incerto Theologo Romano. Editio Secunda. Frankfurt, 1632 (Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse, deutsche Ausgabe von Joachim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1939); Wassermann, Jakob, *El misterioso Caspar Hauser*, Buenos Aires, 1947; Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1977; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, Tübingen, 1951; Zaffaroni, E. R., *Carrara y Röder*, em *Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milão, 1991, pp. 411 ss.; Zahn, K. v., *Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*, 1911; Zorzi, Renzo, *Cesare Beccaria. Il dramma della giustizia*, Milão, 1996.

§ 19. Direito penal e filosofia

I. Da disputatio *à* inquisitio

1. A humanidade buscou o conhecimento através de saberes em luta contra as coisas ou contra a natureza – para arrancar seus segredos – ou por meio da respectiva investigação ou indagação – para obter suas respostas. Vacilou-se pendularmente entre *luta* e *interrogação*, dois paradigmas alternativos na procura do conhecimento, até optar-se pelo segundo de uma maneira mais acentuada. Afirmou-se que essa preferência surgiu, primariamente, no âmbito do processo penal, ou seja, quando da procura da verdade processual ou jurídica e que, a partir daí, expandiu-se e generalizou-se como método para todo o restante do conhecimento[1]. Se o processual foi prévio ou simultâneo com essa mudança de paradigma é um dado importante para outros efeitos, mas não especificamente para aquele de que se trata aqui, onde basta assinalar que, na verdade, a passagem da alquimia para a química, da astrologia para astronomia, da fisiognomonia para a antropologia física etc., foi análoga à transição sofrida pelo estabelecimento da verdade processual, indo da luta ou *disputatio*, entre as partes, à *inquisitio* ou investigação por intermédio do soberano.

2. Obtinha-se o conhecimento da verdade processual mediante luta, combate ou duelo entre as partes (ou seu equivalente simbólico), e se uma triunfasse demonstrava que Deus estava do seu lado (ordália ou prova de Deus) e, por conseguinte, tal afirmação era verdadeira. Toda ciência ou todo saber procedia do mesmo modo: lutar contra a natureza para obter a verdade. Em filosofia, isso era alcançado lutando-se argumentativamente contra um rival em uma competição regulada de uma maneira meticulosa (*disputatio quaestiones*). Quando esse paradigma metodológico de luta foi deslocado pela interrogação, superando as hesitações anteriores, iniciou-se na Europa um processo de acumulação de *poder inquisitorial* próprio do exercício do poder que abarcaria todo o planeta, em um processo onde podem ser observadas as etapas das revoluções mercantil (século XV), industrial (século XVIII) e técnico-científica (século XX).

3. A *inquisitio*, no âmbito processual – e como método de conhecimento – instalou-se primeiro com a burocratização da Igreja, quando esta se hierarquizou

[1] De um modo geral, Foucault, Michel, A Verdade e as Formas Jurídicas.

como consequência de sua romanização e, nos séculos subsequentes, foi acentuando a autoridade da burocracia em relação ao restante dos crentes, até culminar em um apoderamento total do saber – e do poder – por parte da mesma, que o exercia controlando qualquer heterodoxia (heresia), segundo o Santo Ofício[2]. Assim, inaugurou um método de conhecimento e de poder próprio de uma sociedade corporativa e hierarquizada que, desde então até o presente momento, teria de ser adotado por todos os que exercem o poder ou pretendem fazê-lo dentro de qualquer sociedade com tais características. As revoluções que planejaram esse saber inquisitorial e a civilização que o gerou começaram na Europa e se estenderam em termos de poder planetário[3], protegido de um saber no qual o *valor de verdade tendeu a ser instrumental* (o útil é o verdadeiro). O empírico se confundiu e se identificou progressivamente com o pragmático, dando lugar a uma superposição entre *ciência* e *técnica*, toda vez que se tratasse de um saber que pretendia conhecer para poder: o conhecimento lhe interessava apenas à medida que fosse aplicável de imediato. Hoje, o crescimento acelerado dessa tendência torna muito problemática e sempre questionável a distinção entre ciência e técnica, entre verdade e poder. Similar foi a preferência quase exclusiva pelo saber instrumental, com uma desvalorização e quase desprezo por toda forma de saber diferente, o que proporcionou uma retroalimentação com os próprios avanços técnico-científicos, considerados confirmatórios do caminho escolhido pelo saber ou, mais precisamente, pelo poder. O avanço e a imposição do próprio poder, em que pese seus temas predatórios e genocidas, foram reconhecidos como prova de verdade. Finalmente, era natural que se pretendesse ter um único método para todo o saber humano – *o empírico* – e, como corolário, que se afirmasse que o geral e o abstrato são apenas caracteres dos objetos particulares observáveis pelos sentidos, considerados a *única coisa real* (nominalismo).

4. O estabelecimento da verdade processual pelo referido método – *inquisitio* – foi um fenômeno pendular, cuja oscilação cessou no século XIII europeu, ao instalar-se para não retroceder, no confisco da vítima e no consequente rebaixamento dela e de seu agressor a meros protagonistas de um *sinal* que propiciasse a intervenção do poder. Não obstante, a *inquisitio*, uma vez instalada e consolidada, continuou sujeita a alternativas menores, que se restringiam à extensão do poder interveniente sem, no entanto, discutir nem questionar sua essência confiscatória. O princípio da legalidade penal e o acusatório processual constituíram uma limitação liberal à *inquisitio*, mas de modo algum

[2] Foi oficializado na primeira metade do século XIII, por ocasião da perseguição aos cátaros: cf. Cardini, Franco, p. XVIII.

[3] Por todos, Hobsbawm, Eric, *La era de la revolución*, 1789-1848.

a substituíram. Com a extensão do inquérito ou *inquisitio* ao restante saber humano, pode-se observar um fenômeno similar. A exclusão ou desclassificação de todo conhecimento produzido por um saber que não corresponde ao modelo técnico-científico também foi um processo pendular, com marchas e contramarchas, sem conseguir de uma maneira definitiva a total exclusão das demais vias de acesso ao conhecimento e, aliás, com a particularidade de ser o empírico progressivamente substituído pelo instrumental e selecionado pelo poder.

5. A tendência a um nominalismo extremo poderia ser rastreada em todas as civilizações (inclusive na Índia[4]), mas esta teve a característica de vencer, dominar e matizar toda a civilização de nominalismo, embora não anulasse totalmente sua opositora. A interrogação ou *inquisitio* não conseguiu alijar por completo a filosofia e, em especial, a ontologia (metafísica) e, para culminar, na maioria dos casos, em se tratando de conhecimentos que implicam mais de perto o ser humano, não passou de um conjunto de propostas metafísicas encobertas.

6. A *inquisitio* se impôs no saber cavalgando sobre o poder da tecnologia, mas não conseguiu que a *disputatio* desaparecesse. A resistência desta última pode ser interpretada de uma maneira díspar por completo, como de fato assim o foi. Para alguns, dentro da filosofia, tal resistência é vista como uma *regressio* (retrocesso ou reiteração da *gressio* ou marcha), ou seja, como uma resistência ou obstáculo à *progressio* (da *inquisitio*, é claro), o que pressupõe uma identificação da *inquisitio* com o interesse da espécie humana e da vida planetária que, naturalmente, não se manifestou de modo algum. Não faltam aqueles que postulam o franco retorno à *disputatio* e a diferentes graus de paralisação da *inquisitio*, o que pode redundar em utopias totalitárias e em integrismos apocalípticos. A precedente opção interpretativa entre a *disputatio* e a *inquisitio* se faz presente porque se parte da crença de que elas são as únicas formas que pode assumir um saber para obter o conhecimento, mas o certo é que existe uma terceira em quase todas as civilizações, embora não predominante e bastante obscurecida na civilização técnico-científica, que é o *dialogus*.

II. A inevitável filosofia: a resistência da disputatio

1. O poder planetário avançou depredando e valendo-se de um saber que desprezou a filosofia. Tal desprezo vem de sua essência, salvo se se entender por filosofia uma síntese dos saberes técnicos, o que constitui um conceito diferente ou não-convencional da palavra. Passando por cima de matéria tão longa-

[4] Sobre o materialismo ou positivismo indiano, Vasconcelos, José, *Estudios Indostánicos*, p. 61.

mente discutida, o certo é que o desprezo pelo saber funcional é a pergunta *ontológica*, a *pergunta pelo ser*, não pelo ser de algum ente em particular, mas sim pelo ser de todos e de cada um dos entes (*por que ser? por que não melhor nada?*). Esta pergunta inegavelmente filosófica – que alguns chamam de *metafísica* e outros de *ontológica* – foi a que pretendeu negar o saber técnico-científico. À medida que aumentava seu poder destrutivo até pôr em perigo a vida planetária, o saber desprestigiava e desprezava mais assiduamente a pergunta sobre o ser. Como problema inútil ou falso (de contemplativos, religiosos, místicos, inoperantes, imaturos, caducos, manipuladores), ela foi estigmatizada e, como corolário lógico do nominalismo radical, considerada um erro de linguagem[5].

2. O campo se dividiu entre entusiastas da civilização técnico-científica e desesperançados pessimistas apocalípticos; mais recentemente tem-se feito referência a *integrados* e *apocalípticos*. Alguns consideraram o progresso técnico-científico manifestação do avanço infinito da humanidade; outros, um caminho para a catástrofe. Enquanto Hegel interpretava o avanço do poder planetário como a contínua elevação do *espírito* da humanidade, Marx, por via similar, o via como o progresso para o comunismo e o começo da história, e Spencer como uma evolução biológica da humanidade considerada organismo. Pelo lado dos apocalípticos, Nietzsche dizia que *o deserto estava crescendo*, frase que Spengler interpretava aplicando-a a campos concretos. Porém, a pergunta ontológica, depreciada, desvalorizada, estigmatizada, sempre retornava. Muitos séculos antes, Aristóteles já havia dado, em nível teorético, a explicação dessa presença inevitável, quando observou que toda pretensão de negar a pergunta ontológica só é uma resposta à mesma, ainda que errada ou simplista. *Para decidir não filosofar, é necessário também filosofar; portanto, assim, é necessário filosofar sempre.*

III. A ontologia e o poder punitivo

1. O poder punitivo repressivo – poder de criminalizar – e seu consequente confisco e negação da vítima passou para o restante do saber humano, sendo considerado um progresso indiscutível por toda a historiografia tradicional. Dentro do poder jurídico-penal, até há bem pouco tempo ninguém duvidava do progresso envolvido na supressão das lutas e dos ordálios e em sua substituição pela *inquisitio*, em que pese os horrores desta. A supressão da vítima – chamada *legalidade* ou *publicidade* da ação penal – é unanimemente reputada como uma passagem para a racionalidade e a igualdade, apesar das torturas, dos

[5] Sua redução a "pseudoproblema", em Reichenbach, Hans, p. 259.

suplícios, das penas de castração e da morte agravada, das empalações e atrocidades similares, em uma ideia estranha de *racionalidade* que, no fundo, não é senão o monopólio da arbitrariedade verticalizante. Cabe perguntar se um fenômeno semelhante não acontece com a exclusão da ontologia do restante do saber. Houve poucas pessoas às quais a desvalorização da pergunta ontológica causou forte impressão e elas se atreveram a confirmar isso (embora algumas tenham interrompido sua reflexão e outras se perdido por caminhos perigosos, que desprestigiaram suas próprias advertências). Nesse caminho, Nietzsche advertia dizendo: *o deserto está crescendo*; Husserl perguntava a si mesmo se a europeização planetária prenunciava a chegada de um sentido absoluto ou se era *um não-sentido histórico*; e Heidegger afirmava que a *ciência não pensa*.

2. Apesar de uma minoria ter achado que a técnica não era um mero instrumento nas mãos do ser humano, a maioria a julgou de outro modo e foi assim que se chegou à atual revolução técnico-científica que – salvo o paradoxo – potencializa os indicadores de que *a técnica não é controlável pelo homem*. Esta se torna um problema de sobrevivência e fortalece a consciência planetária nesse sentido. E eis que volta à baila a pergunta ontológica, embora já não no nível teorético como Aristóteles a fizera, mas sim como questão surgida da observação da realidade (*ôntica*). A revanche da ontologia *não fica muito evidente se provier da pergunta pelo ser ou do próprio ser*, se for revanche ontológica ou ôntica. O ser e a pergunta por ele não prestam contas na forma de pergunta ontológica ao estilo tradicional, mas evidenciando, em nível ôntico (de fatos), que *algo* falha com a técnica e o saber técnico-científico que os tornam *incontroláveis* pelo ser humano. Efetivamente, o ser humano lançou-se em direção à técnica, pois quis saber para poder, do mesmo modo que a *inquisitio* penal confiscatória quer realizar um ato de saber para poder e, em suma, pareceria praticar apenas um simples ato de poder que o aprisiona e o impede de pensar. *Em lugar de adquirir poder, fica à mercê de um poder que não pode controlar.* A própria ciência, cujo método pretendeu-se colocar como paradigma de todo o saber – a Física – já há muito tempo deixou de lado o mecanicismo em que se baseava o romantismo materialista de Spencer (ou Haeckel) e hoje se adentra em propostas que acabam nos umbrais da pergunta ontológica, não faltando entre seus cultivadores aqueles que se excedem e quase mergulham em uma curiosa mística.

3. O modelo de *confisco da vítima* no processo penal, que converteu um mecanismo defeituoso de solução de conflitos em um ato de poder vertical que não consegue resolvê-los, estendeu-se a todo o saber e transformou os atos de conhecimento científico *em atos de poder sobre as coisas*: foi o lema lançado por Francis Bacon em plena revolução mercantil (*pode-se o que se sabe*), que

permanece até hoje. O confisco do conflito fez o ser humano rebaixar-se de *parte* a *objeto dominado*; o conhecimento *para poder* reduziu o ser humano – e todo objeto de conhecimento – a *objeto a ser dominado*. A civilização técnico-científica estabeleceu-se em uma concepção linear, progressiva e infinita do tempo: o tempo como curso linear projetado para o infinito. Essa concepção temporal veio acompanhada das medidas mercantilistas, do romantismo (progresso sem limites), da ideia de que, com a técnica, o ser humano pode vencer qualquer limite, tudo isso em gestação durante o processo de expansão do poder técnico-científico pelo planeta.

4. As concepções de tempo de outras civilizações foram varridas pela ideia linear, porque o tempo da técnica é eminentemente linear. Um lampejo clarividente de Nietzsche foi perguntar a si mesmo de que devia livrar-se o ser humano, porque compreendia que se achava prisioneiro da vingança e que esta era própria do tempo linear: a vingança é contra o que *foi* e já não pode ser de outro modo nem voltar a ser. O ser humano é cativo do tempo e de seu *foi*. A vingança é uma necessidade da concepção linear do tempo[6]. Por mais que se questione Nietzsche, sua observação é certeira e mostra a íntima vinculação do saber técnico-científico com a vingança através do pressuposto do primeiro: a noção de tempo como linha.

5. Há inúmeras razões para mostrar a irracionalidade do poder punitivo exercido de uma maneira arbitrária e seletiva, mas uma das chaves de sua sobrevivência secular é justamente sua vinculação com o modo de saber da civilização técnico-científica. Tal civilização provoca uma profunda incapacidade de objetivação em face da impotência diante do tempo que resulta de um acúmulo muito grande de tensão vindicativa, cuja eclosão em todas as direções trata de evitar por meio de um encaminhamento, que é o poder punitivo negativo ou repressivo. Tal poder – em seu aspecto repressivo – cumpre a função latente de encaminhar as pulsões vindicativas, impedindo que elas se dispersem para outras relações e, em seu aspecto positivo ou configurador – vigilância – a de reforçar os próprios vínculos que ele isenta das supracitadas pulsões. A vinculação do poder punitivo com o saber técnico é uma complementação necessária: reduz o ser àquilo que se percebe pelos sentidos, em vista de um tempo que avança em linha reta e permite um infindável desenvolvimento do ser humano. O que acontece no mundo construído sobre essa ideia do ser e nesse tempo passa inexoravelmente, e não há outra forma de tranquilizar-se senão vingando-se pelo que passou e não voltará.

[6] Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, *Werke*, I, p.409.

6. O poder condiciona o saber do ser humano que, por sua vez, o limita: em grande parte gera e determina o sujeito que *conhece* (sabe). O poder não só condiciona o saber, como também o ser humano que sabe, de vez que, de certo modo, o condiciona a saber determinadas coisas e não outras, e em algumas condições e não em outras. Esse ser humano da civilização técnico-científica só pode saber certas coisas em um tempo que o condiciona para exigir vingança e ficar prisioneiro dessa exigência que, de alguma maneira, deve satisfazer. O próprio poder procura tal satisfação, através do poder punitivo exercido sobre uns raros vulneráveis (poder punitivo negativo ou repressivo). Ao mesmo tempo, o aparato gerador dessa ilusão de vingança contra todos os males trata de vigiá-lo sob pretexto de cuidar dele, de protegê-lo, para que não haja ruptura em seu modo de ser e em seu consequente saber (poder punitivo positivo, configurador ou de vigilância).

IV. O saber técnico-científico e a perspectiva superante

1. O que se quis dizer com *a ciência não pensa*[7]? Há várias respostas e, entre elas, algumas se perdem em desastrosas racionalizações. Entretanto, é possível entender a frase com um sentido bem definido: o *saber para poder* não é um *pensar*, embora essa afirmação pareça paradoxal. A realidade é um contínuo dinâmico, de onde o ser humano não pode captar todas as dimensões e relações. Para saber alguma coisa a seu respeito, não há outro remédio senão parcializá-la de forma mais ou menos arbitrária, razão pela qual o saber que obtém acerca de cada uma dessas parcelas é inevitavelmente parcial e provisório; e, além do mais, nunca é neutro se provier sempre de uma seleção[8]. Isso não significa que o conhecimento técnico não seja útil nem que seu avanço deva deter-se para retornar a um paraíso perdido, mas sim denota apenas a necessidade de reconhecer suas limitações, isto é, sua parcialidade e seu aspecto provisório. Quando se pretende que tal conhecimento seja *a verdade* (única) ou se escamoteia a questão por meio de alguma apelação para verdades *duplas*, o que se consegue é *deixar de pensar*. O ser humano já não se pergunta *quem sou, para que sou, onde estou, o que é o mundo, o que é o ser*, ou melhor, *por que ser ou por que não ser nada* e, quando esquece tais perguntas, *deixa de pensar*. Cabe advertir que não se deixa de pensar só porque algumas respostas são esquecidas, mas por causa das próprias perguntas. Nesse momento, o *saber para poder* perde a bússola: o ser humano continua atrás do saber para poder,

[7] Heidegger, Martin, *Ormai solo un dio ci può salvare*.

[8] A impossibilidade da neutralidade da ciência é reconhecida, de uma perspectiva diferente, por Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*. É do mesmo autor *La investigación científica*.

mas sem se perguntar para poder *o quê*. Trata-se de um mero poder para dominar as coisas indagadas, apropriar-se delas, escravizá-las, para ser seu senhor, seu *dominus*.

2. A *inquisitio* é uma pergunta que o ser humano dirige a algumas coisas, previamente selecionadas para serem dominadas. Desse modo, a *inquisitio* sempre é precedida – tanto no saber técnico-científico quanto no poder punitivo – de um *ato de poder seletivo*,[9] mediante o qual a relação *humano/coisa* se converte em uma relação *sujeito/objeto*. O ser humano interroga a coisa – a *inquisitio* –, mas a coisa ignora concretamente a decisão de poder implícita na interrogação e responde como coisa, ou seja, como aquilo que está dentro de uma totalidade contínua e dinâmica, que é a realidade, ao passo que o homem, ao indagar a si mesmo, limita sua pergunta àquilo que julga servir-lhe para tornar-se *dominus* da coisa. Ante a pergunta (*inquisitio*) a coisa aparece, apresenta-se como *objeto*. *Ob-jectus* é o que se joga ou se lança em frente e contra, o que se *põe diante* (como em *projeto* para frente, em *abjeto* para baixo etc.). O *ob-jectus* não é algo que permanece diante, não é um *ob-stante* (*obstantia*, resistência, obstáculo, estorvo), mas sim o que está em frente dinamicamente, lançando-se contra, *arremessando-se* (de *jectare, jactare*, arrojar). Não se notou nada no movimento da coisa que passa a ser *objeto*, como reação à pergunta inquisitorial, até o momento em que a palavra *objectus*, em plena revolução industrial (século XVIII), foi traduzida para o alemão como *Gegenstand*, que é exatamente *obstante*, mas sem fazer referência ao *arremessar-se* da coisa na raiz latina (*werfen* em alemão, projetar: *enterwerfen*)[10].

3. A coisa se torna *objeto* ao lançar-se perante e contra o ser humano e este se transforma em *sujeito*, coloca-o debaixo (*subjectus*), não no sentido de pô-lo como base de nada, mas no de submetê-lo ou sujeitá-lo. Para um ser humano preparado só para receber determinada resposta, a coisa lhe é apresentada com toda a força de sua realidade, lhe é arrojada contra, arremessa-o para baixo, sujeita-o, transforma-o em sujeito e também em *subjector*, isto é, falsário[11]. Quando o ser humano subjetiva mais seu saber com a *racionalidade funcional* (expressa modernamente com o *penso, logo existo* que, por ato falho, passa a ser *exerço poder, logo existo*) em lugar de colocar-se na base, mais sujeito permanece e mais *subjector* (falsário) se torna. E isso é o *algo* que falha

[9] Claro, Andrés, em *La inquisición y la cábala*, pp. 281 ss., destaca que tanto na *inquisitio* quanto na indagação científica há conquista e submissão do objeto e negação da alteridade; por isso, afirma que o inquisidor se acha em uma posição intermediária entre Tomás de Aquino e Descartes, de vez que seguiu a doutrina do primeiro e antecipou a racionalidade do segundo.

[10] Heidegger, Martin, parece passar essa diferença por alto, em *Umanesimo e scienza*, p. 72.

[11] Cf. *subjector*, em Valbuena Reformado, p. 826.

no saber técnico, que o faz incontrolável para o ser humano. Na medida que este não reverter o sentido de sua subjetividade (de *penso, logo existo* passe a *existo, logo devo pensar*), ele continuará praticando a *inquisitio* tecnológica e não poderá pensar. *A ciência não pensa* porque a *inquisitio* a impede de pensar.

4. Cabe perguntar se é possível imaginar (e esperar) uma superação da *inquisitio*. Torna-se indispensável que esta possa ser obtida por meio de uma *regressio* à *disputatio* (à luta): é impossível retroceder, porém é preciso superar-se. Convém imaginar, portanto, que a superação consiste em uma priorização de outra forma de acesso ao conhecimento que, apesar de existir em todas as civilizações, acha-se sumamente relegada na técnico-científica: o *dialogus* ou o raciocínio a dois, entre o ser humano e a coisa. Na *inquisitio*, o ser humano pergunta o que acha necessário para dominar; no *dialogus*, indaga sobre o necessário para a inteligibilidade comunicativa conjunta à coisa; na primeira, permanece sujeito porque não está disposto nem preparado para escutar (nem sequer pode ouvir) e a resposta o aplasta; no segundo, acha-se aberto à resposta, à espera, está preparado para ouvir e escutar, para responder e perguntar. A saída do atoleiro seria ter por concluída a passagem da luta para a *inquisitio* e tentar o passo desta para o *dialogus*. Isso pode ser entendido dialeticamente, mas não convém discuti-lo aqui (seria necessário demonstrar a impossibilidade da passagem direta da luta para o *dialogus*). O desafio da revolução técnico-científica é a exploração da capacidade humana de diálogo com os entes, em cuja onticidade sempre está implícita a mensagem ontológica, e dessa compreensão depende sua capacidade de sobrevivência.

5. O exercício do poder punitivo também tem sua técnica, à qual deve-se perguntar – como a qualquer ente – sobre sua essência, aquela que, substancialmente, coincide com o cerne de toda técnica. A *inquisitio* e o *dialogus* são meios e não fins, mas se forem apenas concebidos como diferentes modalidades de meios, não se poderá excluir a ameaça de recair na vontade de dominar os entes: para evitar isso é preciso retomar a técnica a partir de uma essência mais profunda, ou seja, como uma "*desocultação*", não no sentido de intimar ou demandar, mas sim no de uma *interrogação* (intercâmbio de rogatórias) liberatória[12]. Onde a *inquisitio* prepondera, o perigo permanece oculto e é o perigo extremo, onde o ser humano assume a figura de senhor da terra e de todos os seres – inclusive os humanos que, desse modo, se tornam artefatos do *dominus*. Ao desvendar o oculto, o *dialogus* também provoca a irrupção do perigo, porém este se coloca diante do humano (é um *obstante*) e não se lança sobre ele para *sujeitá-lo*, submetê-lo, aplastá-lo (*objectus*). Assim, os *obstantes*

[12] Heidegger, Martin, em *Conferencias y artículos*.

permitem manter à vista o extremo perigo: isto é o que o saber não consegue a respeito do poder punitivo que continua sendo concebido como uma técnica, pois o operador mantém-se pendente da vontade de assenhorear-se dela na forma da *inquisitio*, *sujeito* por seu senhorial saber (de *dominus*).

6. Se se pretende reduzir de um modo radical o âmbito da *inquisitio* e dotar os conflitos de soluções e não de puras decisões suspensivas em casos excepcionais e arbitrariamente selecionados, não é possível considerar o poder punitivo um fenômeno isolado de nossa cultura, mas sim expressão substancial do contexto generalizado do saber senhorial ou de *dominus*. Sua redução não poderia deixar de ser paralela à substituição deste último por um saber de *dialogus*, isto é, de uma ampla mudança cultural. Semelhante empresa pressupõe uma antropologia que considere o humano como onticamente assinalado entre a totalidade dos entes, porquanto, inevitavelmente, o interrogar ontológico possui forma humana, e também porque possui *capacidade de ouvir as respostas humanas e não-humanas*. Não se trata de destacá-lo preferentemente por sua capacidade de domínio nem por sua infundada pretensão de que todos os sentidos (os *para quê*) dos entes são humanos[13].

7. Uma antropologia assim entendida abre novos questionamentos e desafios para o plano jurídico, pois deve reconhecer que há bens (e lesividade conflitiva) cujos titulares não são seres humanos individuais nem coletivos, circunstância atualmente admitida no âmbito do direito internacional ecológico, reconhecendo-se nas gerações futuras, quer dizer, em pessoas que hoje não existem, titulares de direitos[14]. Em outro nível, reabre-se o debate sobre os chamados direitos *subumanos*[15]. Embora o reconhecimento de direitos não-humanos possa parecer estranho, há quem prefira adotá-lo, conforme faz uma importante corrente, porque refutá-lo não só corresponderia a uma antropologia que situa o homem na condição de *dominus*, como também imporia racionalizações que, de uma maneira intolerável, feririam a dignidade da própria pessoa, por derivarem da tradição jurídica de perfeccionismo moral, que no campo penal não é outra coisa senão ditadura ética e, por conseguinte, imoral. Quando se diz que a punição pelos maus-tratos a animais fere o sentimento de piedade humana, está-se impondo um modelo de sensibilidade e, portanto, aquele que não o possui é inferior; se se pensar que fere a própria imagem humana será ainda pior, porque se amplia a possibilidade de criminalizar tudo o que não agrada ao poder como

[13] Essa pareceria ser a chave do erro ontológico de Heidegger (*Sein und Zeit*), que reduz a *úteis* todos os entes que não são humanos.

[14] Por todos, Cançado Trindade, Antônio Augusto, em Direitos humanos e meio ambiente.

[15] Cf. Cavalieri, Paula, *La questione animale*, com farta bibliografia.

lesivo a uma suposta imagem perfeccionista da pessoa. Tudo isso pode ser evitado se se aceitar a existência de bens jurídicos não-humanos.

8. Há outras contradições que merecem menção: quando se pretende que os maus-tratos infligidos a animais sejam punidos por ferirem o sentimento de piedade humana, urgiria concluir que o sádico que os pratica de uma maneira privada não deve ser apenado, o que parece absurdo. Quando se pretende que não se pode fazer ao homem a mesma coisa que ao animal, porque aquele possui mais sensibilidade em razão de seu desenvolvimento nervoso, incorre-se na espantosa possibilidade de não proteger os seres humanos com deficiências neurológicas. Se se trata de evitar tal consequência, baseando-se em que estes são protegidos apenas em razão de sua carga genética, incide-se em um reducionismo biológico inadmissível: a pessoa seria sua carga genética. Se se pretende diferenciar o ser humano – não importando seu desenvolvimento ou suas deficiências – em virtude de qualquer conceito generalizador, como a prerrogativa da *humanidade* (ou sua imagem, condição etc.), incorre-se de novo em outra grave contradição: reduz-se a pessoa humana a um mero *representante da espécie*. Quando se deseja que o meio ambiente deva ser protegido porque serve ao homem, urge concluir que é lícito destruir tudo aquilo de que o homem não necessita ou pensa não necessitar. Se se argumentar que não há direitos das gerações futuras, mas sim o direito de perpetuação a partir da presente, excluir-se-ão da titularidade aqueles que são estéreis.

§ 20. As alternativas da *inquisitio*

I. O direito penal pensante e o que não pensa

1. O pensamento, definitivamente, vai dar na pergunta ontológica e antropológica. Discorrer sem essa referência de fundo é uma racionalização sem conteúdo pensante. O discurso penal teve momentos de predominante racionalização e outros de autêntico pensamento; seu nível de conteúdo pensante variou de uma maneira notória com o transcurso dos séculos. Sua primeira manifestação posterior ao confisco da vítima ocorreu com a autoridade dos técnicos em direito que pretendiam atualizar o conteúdo do antigo direito romano, conhecidos como *glosadores* ou *práticos*, os quais realizaram uma técnica predominantemente dedutiva de elaboração de textos, da qual se pode dizer que inicia a modernidade jurídica[16]. Seu nome deriva da forma de seu saber, que era a glosa ou breve comentário à margem, opinião de doutores que permaneciam ligados à letra do *corpus*. O método dos *bartolistas* era a leitura literal, a divisão da lei, a localização do caso e a coletânea de opiniões de notáveis a favor ou contra[17]. Dir-se-ia que, *com o exercício metódico desses instrumentos dialéticos, acompanhado por um infinito número de citações de prestígio, invocadas na maioria das vezes arbitrariamente e tanto a favor quanto contra, eles faziam um verdadeiro esforço de estudo para lançar dúvida e confusão no pensamento*[18]. Era evidente que esse método, pretensamente dedutivo e isento de filosofia, não oferecia segurança; no entanto, pelo menos, não se pode negar seu esforço para um pensamento que ele não era capaz de alcançar[19] e que perdurou nos séculos posteriores[20]. Desde os primeiros *estudios* italianos, transformados em universidades[21], o saber jurídico estendeu-se por toda a Europa[22], mas pelo flanco dessa falha de pensamento introduziu-se a primeira *emergência inquisitiva*, decidida a fortalecer brutalmente a verticalidade, combatendo toda dissidência de consciência como *heresia*, que depois foi derivando para um discurso muito mais amplo e potente, dedicado ao controle da metade da espécie humana (a mulher), imputando-lhe indispensável cumplicidade com o demônio, geradora de uma emergência que punha em perigo a subsistência da espécie. Tal emergência consolidou-se com o *Malleus Maleficarum (Martelo das Feiticeiras)*, em 1487, consagrada obra oficial que tornou expressa a intencionalidade do verdadeiro sistema por ela construído, em grande parte com base pretensamente empírica, no qual *pela primeira vez se configurou uma exposição coerente e integrada do direito penal e processual penal com a criminologia e a criminalística*. A partir desta perspectiva, convém lembrar que o *Malleus* é uma obra singularmente moderna, escrita pouco antes do descobrimento da América e contemporânea do humanismo florentino[23], que antecipa um modelo recorrente nos séculos posteriores.

2. O alto nível da racionalização construtiva do *Malleus* está em relação inversa com seu conteúdo pensante, que se manteve igualmente baixo durante os séculos subsequentes, embora em seu curso esse nível também se tenha deteriorado. Tão-somente no século XVIII produziu-se um crescimento notável, que se manteve durante grande parte do século XIX: foi o período de construção do direito penal liberal, ou seja, do discurso jurídico que impôs limites à *inquisitio*. Não obstante, na segunda metade do século XIX, ao serem superadas as contradições sociais que permitiram o notável aumento do conteúdo pensante do direito penal, restaram as agências policiais nitidamente separadas das judiciais e com um poder extraordinário, que sobrepujava amplamente ao das jurídicas; junto com o poder e o saber das agências médicas, chegariam a dominar o discurso penal, provocando uma queda brusca do pensamento. Cabe assinalar que o saber penal não apenas limitou seu conteúdo pensante com racionalizações, como também, com frequência, o evitou ao apelar para as teorias da *verdade dupla*, algumas das quais ainda mantêm certa vigência.

---

[16] Cf. Pereira dos Santos, Gérson, Do passado ao futuro, p. 17; Luisi, Luiz, em Filosofia do direito, pp. 77 ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, p. 13.

[17] A respeito da escola dos glosadores, por todos, de Cervantes, Javier, *La tradición jurídica de occidente*, pp. 107 ss.

[18] Salvioli, Giuseppe, *Storia del Diritto Italiano*, p. 105. Convém lembrar que Bolívar criticava a projeção da arbitrariedade do direito romano na conquista e colonização americanas (cf. Pérez, Luis Carlos, p. 160).

[19] Como é impossível prescindir totalmente da filosofia, é natural que em suas elaborações alguns traços dela sejam perceptíveis, do mesmo modo que, no século XVI, foram descobertas em Covarrubias bases retributivas agostinianas e neotomistas (cf. Schaffstein, Friedrich, *La ciencia europea*, p. 165).

[20] Acerca dos criminalistas italianos dos séculos XIII e XIV, cf. Salvioli, Giuseppe, p. 686; Pereda, Julián, sobre o mais notório espanhol, em *Covarrubias penalista*; Dareste, Rodolphe, a respeito dos últimos práticos, em *Études d'histoire du Droit*, pp. 59 ss.

[21] Cf. Veríssimo Serrão, Joaquim, em História das Universidades, pp. 9 ss.

[22] Sobre a influência de Bolonha e Pádua nos primeiros juristas alemães, em Rüping, H., *Grundriss*, p. 33; a respeito da evolução da doutrina dos glosadores, dos comentaristas e dos práticos, bem como da importância das universidades italianas, em especial a de Bolonha, cf. Salvioli, Giuseppe, pp. 109 ss; Piano Mortari, V., *Dogmatica e interpretazione*, pp. 13 ss: Campa, Riccardo, *La universidad de Bolonia y el debate de la razón*; particularmente, a respeito do método e de seu ensino, cf. García Garrido, Manuel J. e Eugênio, Francisco, *Estudios de Derecho y formación de juristas*, pp. 56 ss.

[23] Cf. Eco, Umberto, *Cinco escritos morales*, p. 129.

3. É indispensável assinalar que ao longo desses séculos perpetuou-se uma determinada tendência à *glosa* e que, mesmo no momento presente, se verifica um *bartolismo* tardio, o qual, sem corresponder a qualquer ideia superior, urde seu discurso em meio a elementos heterogêneos e aleatórios, com a mesma técnica de sustentação de opiniões díspares, sem que uma tenha mais fundamento do que a outra. São ilusões de pensamento não sistematizáveis e, por conseguinte, resistem ao tratamento analítico. É um *não-pensar decadente* que, ao contrário do não-pensar inquisitorial, não racionaliza sem pensamento, mas só para não pensar. O baixo conteúdo pensante do saber penal foi motivado pela racionalização da *inquisitio* ou pela do esforço para não pensar, e alcançou os mais altos níveis pensantes com o esforço liberal devido à limitação da *inquisitio*. *O conteúdo pensante sublinha o grau de fundamento antropológico do discurso, com a consequente autopercepção do autor.* A *inquisitio* degrada (*coisifica*) não só a imagem antropológica da pessoa convocada como também a do próprio inquisidor. Como falsa fuga em face desse dilema férreo, a *inquisitio* escolhe a *discriminação biológica* (que inaugurou ao asseverar a inferioridade biológica de metade da espécie humana), com o que o inquisidor, como consequência ineludível de seu saber senhorial, hierarquiza, rasgando a imagem antropológica.

II. A fundação inquisitória do discurso: o Malleus

1. O discurso legitimador do poder punitivo, como confisco do direito das vítimas, expressou-se pela primeira vez, conforme já se disse, de uma maneira sistemática e com alto nível de racionalização teórica em uma obra que recolhia a experiência punitiva dos séculos anteriores: o *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras, de 1487[24], escrito pelos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger[25]. Seu grau de sofisticação racionalizante é bem superior àquele alcançado pelos glosadores. O ciclópico esforço teórico de ambos os inquisidores era dirigido contra a *bruxaria* e seu nível de elaboração superou grandemente o de outras obras anteriores, que centravam seu objetivo nos hereges[26]. O livro foi coroado por um êxito editorial sem precedentes nos primeiros anos da imprensa[27]. O *Malleus* é a obra teórica fundacional do discurso legitimador do poder punitivo na etapa de sua consolidação definitiva, pois constitui o primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com direito penal e processual penal. Pode-se afirmar que é a primeira grande obra sistemática de direito penal integrado em um complexo interdisciplinar de enciclopédia ou ciência total do direito penal[28]. A esse respeito, adverte-se tanto **a)** *para o esquecimento em que caiu e a escassa atenção que os juristas e historiadores do direito penal lhe dispensaram* quanto **b)** *para sua extremada misoginia e antifeminismo.*

2. **a)** É explicável que praticamente se tenha passado por alto sobre a obra realmente fundacional do discurso de legitimação do poder punitivo moderno, porque nenhum grupo profissional quer reconhecer os aspectos obscuros de sua atividade nem a respectiva origem genocida. O saber jurídico-penal moderno – que reivindica para si a legitimação de um poder ao qual atribui os objetivos mais sublimes – não pode mostrar, como obra fundacional, um trabalho que postula e legitima as crueldades e as racionaliza com argumentos baseados em disparates finissimamente veiculados. **b)** A misoginia e o antifeminismo exigem uma análise mais profunda. A baixíssima carga pensante da *inquisitio* degrada a imagem humana da qual o próprio inquisidor participa. Daí que o único caminho que lhe resta seja formular um discurso de discriminação biológica, para salvar sua imagem da degradação à qual submete seu respectivo discurso, sem contar com o fato de que qualquer conhecimento adquirido pela *inquisitio* – como saber de *dominus* – pressupõe que o inquisidor se coloque em um nível superior ao ente que questiona. Trata-se de uma *visão policial do saber* que

[24] Existem diversas traduções do *Malleus*, de Kraemer e Sprenger: a castelhana de Miguel Jiménez Monteserín; a inglesa de Montague Summers; a portuguesa de Paulo Fróes (O Martelo das Feiticeiras, Rio, 1991, ed. Rosa dos Ventos); a italiana de Buia-Caetani – Castelli – La Via – Mori – Perella e a alemã de J. W. R. Schmidt.

[25] Eram dois dominicanos fanáticos, intolerantes para com infrações aos votos de celibato, e devotos de Maria, que teria aparecido para Sprenger (cf. Honegger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit*, p. 71).

[26] Talvez os mais importantes sejam os de Bernard Gui (1262-1331), *Manuale dell'inquisitore* e o de Nicolau Eymerich (1376), reelaborado por Francisco de la Peña em 1578, *Il manuale dell'inquisitore*.

[27] A obra de Hansen, Joseph, *Quellen und Untersuchugen*, pp. 360-408, contém minuciosa bibliografia das edições do *Malleus*: até 1520, este havia sido impresso treze vezes e de 1574 a 1669, mais de dezesseis vezes; na Alemanha, dezesseis edições, na França, onze, na Itália, duas.

[28] Há referências ao mesmo em obras de todas as épocas e especificamente naquelas que tratam da Inquisição, tais como nas de Nathan Bravo, Elia, *Territorios del mal*; Hansen, Joseph Zaubaerwahn, *Inquisition und Hexenprozesse*, pp. 473 ss; König, Emil, *Ausgeburten des Menschenwahng*, p. 68; Bader, Guido, *Die Hexenprozesse in der Schweiz*, p. 27; Spielmann, Karl Heinz, *Die Hexenprozesse in Kurhessen*, p. 18; Riezler, Sigmund, *Geschichte der Hexenprozesse in Bayern*, pp. 82 ss; Teichmann, Eduard, *Renaissance und Hexenwahn*, p. 36; Van der Vekené, E., *Bibliographie der Inquisition*; Pagano (h.), José León, *Aproximación*, pp. 137 ss; Hammes, Manfred, *Hexenwahn und Hexenprozesse*, p. 50; Lautenbauer, Siegfried, *Hexerei und Zaubereidelikt*, p. 61; Cyriax, Oliver, *Diccionario del crimen*, pp.110-111;Kunstmann, Hartmut Heinrich, *Zauberwahn und Hexenprozesse in Nürnberg*, p. 9; Schwage, Johann Moriz, *Versuch einer Geschichte der Hexenprozesse*; Diefenbach, Johann, *Der* Hexenwahn, p. 222; Mezbacher, Friedrich, *Die Hexenprozesse in Franken*, p. 24; Döbler, Hannsferdinand, *Hexenwahn*, p.148; Hecht, Ingeborg, *In tausend Teufels Namen*, p. 21; Honneger, Claudia, *Die Hexen der Neuzeit*, pp. 70 ss; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 87; Leithäuser, Joachim G., *Das neue Buch von Aberglauben*, p.32.

mais tarde se converterá em *visão policial da história*: deve-se perguntar sempre pela causa do mal e esta se acha em um grupo conspirador. É a *causalidade diabólica*, que depois se laicizará e criará as teorias conspiratórias da história e dos males sociais[29]. O *Malleus* foi elaborado sobre a emergência que impunha a necessidade de combater o complô do diabo com as mulheres, do que resultava uma racionalização do poder destinada a controlar a mulher com brutalidade: os atos de *bruxaria* (o mal) eram justificados pela *inferioridade genética* na mulher, estigmatizada por meio de pomposas citações e adjetivos difamatórios. Tudo se devia ao fato de que a mulher foi feita de uma costela que, sendo curva, se contrapõe à postura vertical própria do homem, isto é, implica um defeito genético. Tal curvatura lhe dava *menos fé*, era mais fraca que o homem na fé, mais capaz de ofender o Criador, o que se reafirmava por meio de uma improvisada etimologia – derivando *femina* de *fe* e *minus*[30].

3. Convém perguntar por que o primeiro esforço teórico de legitimação do poder punitivo teve por objeto a repressão da mulher. Há várias hipóteses particulares nesse sentido e todas são discutíveis[31], mas o indiscutível é que o poder punitivo precisava controlar a mulher porquanto via nela uma ameaça para sua consolidação. O poder punitivo moderno confiscou a vítima; no entanto, para ser consolidado teve necessidade de submeter a mulher e inferiorizá-la até conseguir a introjeção desta e de seu consoante comportamento. Como parte de um exercício de poder e saber de amo (*dominus*), consolidou-se na baixa Idade Média mediante a discriminação e repressão da metade da espécie humana. *Entre o confisco da vítima e a submissão da mulher como ser inferior, existe uma claríssima coetaneidade, ou seja, trata-se de fenômenos de poder sincrônicos*. É difícil saber em que consistia a ameaça neutralizada pelo poder punitivo com a brutal repressão da mulher quando de seu surgimento. Por alguma razão esse poder achava a mulher menos disposta a aceitar a falácia do confisco da vítima e mais apta para denunciar que por trás dela existia um puro ato de poder corporativo e verticalizador da sociedade. Provavelmente não haverá uma explicação única, mas talvez se possa mencionar uma raiz comum a várias causas particularizadas. A *inquisitio* não foi uma mera mudança na questão penal, mas, ao empolgar todo o saber, implicou uma profunda transformação cultural que começou pelas elites, com a aspiração de abarcar toda a sociedade. Na baixa Idade Média a

29 Poliakov, León, *La causalidad diabólica*, p. 9.

30 Na realidade, o termo *feminino* provém da raiz sânscrita *dhe(i)*, amamentar (Roberts, Edward e Pastor, Bárbara, p. 42).

31 Relacionou-se isso com a obsessão pelo controle da natalidade, praticado pelas mulheres sábias (Heinsohn, Gunnar e Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen*, pp. 112-113), assim como com a participação no *sabbat* ou com a orgia que destruía a ordem ética e racional que começava a impor-se (Murillo, Susana, *El discurso de Foucault*, p. 170). Discorreu igualmente sobre a ideologia antifeminista do *Malleus*, Birkhan, Ingvild, em Grabner, Haider, Weinberger e Weinke, *Fanatismus und Massenwahn*, pp. 99 ss.

cultura pagã sobrevivia em toda a Europa e as elites não estavam nem sequer aculturadas por completo A mulher é a transmissora genética de cultura e, portanto, se se quisesse romper com a cultura anterior e impor uma nova, dever-se-ia colocar na mulher a marca controladora.

4. O *Malleus* contém três teorias perfeitamente integradas: a *criminológica*, a *penal* e *penológica*, e a *processual penal* e *criminalística*. A *criminologia* do *Malleus*, que abrange sua primeira parte dividida em dezoito itens, é um discurso que legitima o poder inquisitório ao comprovar a existência das bruxas, a gravidade do crime *hediondo* e sua pluricausalidade (o diabo, a bruxa e a permissão de Deus). Como qualquer discurso legitimador do poder punitivo, começa mostrando o mal que lhe dá azo, assinalando como ele se amplia perigosamente e o quanto é necessário detê-lo para evitar que a humanidade sucumba. O poder punitivo sempre desqualifica e estigmatiza quem se atreve a pôr em dúvida o mal que lhe serve de pretexto ou sua respectiva gravidade. O *Malleus*, como discurso fundacional do poder punitivo moderno, começa considerando hereges aqueles que duvidam do poder das bruxas (porque desse modo também põem em dúvida o poder dos inquisidores autores do *Malleus*). Quanto à gravidade do crime *hediondo* (bruxaria), concluem, mediante um complicado argumento, ser ele mais grave que o pecado de Adão. Ali se inaugura também a *criminologia etiológica plurifatorial*: para poder responsabilizar as bruxas era impossível admitir uma explicação monocausal, já que o crime hediondo não poderia ser atribuído exclusivamente às bruxas (porque, assim, seria posto em dúvida o poder de Deus) nem aos astros ou às ervas (porque não haveria responsabilidade das bruxas) nem tampouco ao diabo (porque as bruxas não seriam responsáveis e o poder diabólico seria superior ao divino). Por esses motivos se explica, detalhadamente, uma complicada etiologia do delito, em que o diabo difunde o mal atingindo as pessoas mais fracas ou inferiores (as mulheres), mas agindo com a permissão de Deus (cujos desígnios são sempre inescrutáveis). Essa complexa arquitetura intelectual deve refutar também a possibilidade da existência de seres humanos engendrados pelo demônio, em que pese a cópula dos demônios com as bruxas. Para isto provam que o diabo pode portar sêmen, mas não produzi-lo. Daí rechaçar-se uma *bruxaria nata* (ou predestinação congênita para a bruxaria), o que igualmente impediria a responsabilidade da feiticeira. Eis que assim se enuncia a teoria da degeneração como antônimo da futura eugenia: o diabo, com sua ciência, seleciona o sêmen que recolhe e a bruxa que insemina, para engravidar as pessoas vulneráveis a seus fins.

5. Na teoria criminológica do *Malleus* existem elementos que até o presente momento se acham no discurso criminológico, com pequenas diferenças: **a)** desqualificação de quem põe em dúvida a ameaça que implica o delito, o aumento de sua quantidade e gravidade; **b)** a inferioridade dos delinquentes e a consequente superioridade do inquisidor; **c)** o repúdio pela predestinação para o delito: a inferioridade

deve estar acompanhada de uma decisão voluntária que propicie a base para a responsabilidade; d) a inferioridade da mulher e das minorias sexuais; e) a caracterização do delito como signo de inferioridade; f) a combinação multifatorial de *causas* do delito de modo que permita responsabilizar o infrator.

6. Quanto ao direito penal, o *Malleus* apresenta uma versão tão extremada de autor que não faz distinção entre uma teoria do delito e uma teoria do autor: dedica sua segunda parte à explicação dos diversos modos de agir das bruxas, embora não se trate de uma parte especial, mas sim de uma descrição da forma como o mal atua para orientar aqueles que deverão reconhecê-lo. Eis a última lógica de todo direito penal de periculosidade, que será reeditada no século XX com o projeto Krylenko. É interessante dizer que tal descrição se inicia pondo em evidência alguma coisa que depois passará a ser um elemento tácito ou implícito do discurso: a *indenidade daqueles que exercem o poder punitivo*, razão por que afirmam que contra eles o maligno nada pode fazer e, por conseguinte, nem tampouco seus agentes, que são as bruxas. Isso deixa os inquisidores (e autores do livro) imunes ao mal, fato que será observado estritamente ao longo de toda a história da criminologia até a segunda metade do século XX. Uma vez proclamada a isenção de toda suspeita sobre os próprios inquisidores (criminólogos e penalistas), estes explicam minuciosamente os procedimentos das bruxas: como elas se iniciam e como compactuam com o maligno, como são transportadas e como copulam, como se valem dos sacramentos, como impedem a função procriadora e conseguem neutralizar a potência masculina, como convertem os homens em animais e provocam doenças, epidemias, suplícios, catástrofes, como matam crianças e as oferecem ao diabo. Trata-se de um tipo de parte especial exemplificador, mas em absoluto de um catálogo: o direito penal de autor só se ocupa dos signos de uma inferioridade e, portanto, sua coerência o obriga a deixar o livro sempre aberto. No *Malleus* o conjunto de signos é tão amplo que praticamente não há nenhuma conduta que não seja considerada suspeita. A manipulação dessa teoria, como instrumento para fortalecer o poder da corporação inquisitorial, manifesta-se quando ataca os senhores que protegem os adivinhos.

7. A semelhante teoria do autor (ou do delito) sucede-se um *processo* que não requer acusador, mas apenas um tribunal investigador. A tortura é interpretada de modo que o processo não tenha escapatória: se a bruxa admitia seus atos, urgia igualmente torturá-la para que delatasse seus cúmplices. Se ela não confessasse, mesmo sob tortura, isso seria uma prova de que tinha pacto com o maligno, razão por que resistia à dor. A bruxa devia identificar seus inimigos mortais antes do julgamento, a fim de que o tribunal pudesse convocar qualquer pessoa para testemunhar, e se esta não fosse mencionada antes, não poderia ser

ressalvada pela bruxa. Eis uma constante para um direito penal que identifica signos e sintomas: agir com amplíssima liberdade ao procurá-los, e quanto mais signos achar, maior pena (remédio) será imposta. O mal se encontra no maligno e em seu cúmplice indispensável – a mulher. As adúlteras, as libertinas e as concubinas dos poderosos eram as mais perigosas. Procurava-se mais criar um enorme estereótipo normativo do que selecionar qualquer uma, sem que ela tivesse algum direito de defesa. Parece impossível ignorar que essa é a última aspiração de todo ideólogo do estado de polícia. Em síntese: o *Malleus* expressa *as constantes de qualquer teoria de defesa social ilimitada.*

III. A "defesa social" limitada ou versão fundacional do direito penal liberal

1. O *Malleus* revela o alto nível de elaboração que acompanha a penosa decadência do conteúdo pensante do discurso de legitimação de um poder punitivo ilimitado. Enquanto o poder punitivo não sofria nenhuma limitação – além do resultado das disputas entre aqueles que o exerciam – não se concebia uma mudança profunda do discurso penal. Seus efeitos foram devastadores e de insólita crueldade[32], não atenuados em função de nenhum cálculo numérico arbitrário[33]. O nível do pensamento não cresceu até o surgimento das condições históricas que possibilitariam limitar o poder punitivo, quando o discurso limitador tornou-se politicamente viável e, sobretudo, aceito, pois até então a vida de quem tentava um discurso alternativo e limitador corria perigo. Aquele que criticava a tortura ou a pena de morte não fazia outra coisa senão assinar sua própria sentença, embora não se possa ignorar a existência de críticos bastante heroicos que, em grande parte, anteciparam importantes argumentos liberais.

2. Pode ser considerada decisiva a investigação de Christian Thomasius, quem desnudou publicamente a vacuidade pensante do *Malleus* em sua famosa tese defen[illegible] 12 de novembro de 1701 e publicada, na tradução alemã de Johann Reichen, em Marburgo, em 1704[34], a partir da qual se inicia a decadência do pensamento

[32] Sobre caça às bruxas e os respectivos processos, além da bibliografia citada, Lorene, Sönke, *Aktenversendung und Hexenprosesse*, pp. 101 ss; Rüping, *Grundriss*, p. 49; Radbruch, Gustavo e Gwinner, Enrique, *Historia*, p. 177; Tamburini, Pietro, *Storia generale della inquisizione*; Byloff, Fritz, *Das* Verbrechen *der Zauberei*; Stebel, Heinz-Jürgen, *Die Osnabrücher Hezenprozesse*; Hansen Joseph, *Quellen und Untersuchungen*, pp. 38 a 359, que contém a mais detalhada compilação de leis de caça às bruxas sancionadas entre 1270 e 1540.

[33] Uma acertada crítica a tais procedimentos na *Introduzione* de Valerio Evangelisti ao Manual de Eymerich, op. cit.

[34] Thomasius, Christian, *Über die Hexenprozesse*.

defensor do delito de bruxaria[35]; não obstante, Thomasius teve ilustres antecessores, entre os quais o mais profundo foi o jesuíta Friedrich von Spee von Lengenfeld (1591-1635)[36], que antecipou seus argumentos e, inclusive, em certa medida, pode ser considerado o ascendente mais distante de Beccaria. Spee havia sido designado confessor das vítimas da Inquisição, mas sua obra não obteve eco em sua época[37] e ele deve ter sido obrigado a publicá-la anonimamente em 1631[38], bem como seu nome foi resgatado muito tempo depois, graças a Leibnitz[39]. Parece que em seus argumentos, Spee seguiu a linha traçada por outro jesuíta, Paul Layman (1575-1635), em sua *Teología Moral*[40]. Costuma-se assinalar também que, em 1563, o Dr. Jophannes Wier (ou Weyer) (1516-1588), de Düsseldorf, publicou, em Basileia, o primeiro livro contra o *Malleus*, que teve seis edições latinas durante a vida do autor[41].

3. *Uma constante histórica do estado de polícia consistiu em criminalizar a deslegitimação de seu poder. E se hoje aqueles que o deslegitimam discursivamente não são eliminados, deve-se à limitação imposta pelo estado de direito ao de polícia, e não a ter este último abandonado sua lógica de extermínio; sem poder suficiente para realizá-la, na pulsão do estado de polícia não recalcada pelo estado de direito o poder punitivo revela seu verdadeiro rosto exterminador.* Por isso, o espaço para o pensamento penal mal se abriu com a revolução industrial no século XVIII, de vez que esta criou uma contradição sob cujo amparo surgiu uma classe social em ascensão e ativamente interessada em limitar o poder punitivo exercido pela nobreza, contra a qual lutava pela posição hegemônica. A disputa entre industriais em ascensão e nobres na decadência propiciou o espaço para a elevação do nível do pensamento penal, ao propor um discurso jurídico limitador, que constituiu a versão fundacional do direito penal liberal.

4. A revolução industrial foi fruto de processo que teve como precedente indispensável a revolução mercantil (século XV), com as respectivas concentração e verticalização de poder e a colonização da América e África, continentes que proporcionaram as matérias-primas e os meios de pagamento. Como consequência da revolução industrial produziu-se: **a)** a passagem da forma de produção servil para a industrial; **b)** a perda de poder da nobreza e a ascensão da burguesia industrial; **c)** a concentração urbana de atividades econômicas e da população; **d)** a transferência da hegemonia europeia (da Espanha e de Portugal na direção do centro e do norte da Europa, especialmente para Holanda e Inglaterra); **e)** uma nova forma de complementação do centro de poder mundial com sua periferia, que exigiu uma tecnologia periférica maior, fez desaparecer a escravidão (baixa tecnologia), expandiu as áreas colonizadas e abriu mercados periféricos (do colonialismo se passou para o neocolonialismo); **f)** a aceleração do saber técnico-científico. Na Europa, a ruptura da relação de serviço/proteção entre servos e nobres e a racionalização da produção agrícola e pecuária impeliram para as cidades grandes contingentes de camponeses empobrecidos, que não podiam inserir-se laborativamente, devido à sua baixa produtividade e à escassez de capital. A oferta de trabalho superava a demanda e o capital se acumulava com atraso no tocante à concentração populacional. Esse descompasso criou um novo problema: o aparecimento da marginalidade urbana como classe perigosa, obrigada a conviver no exíguo espaço geográfico das cidades. Contra ela não foi efetivo o poder punitivo exemplificante e evidenciou-se o precaríssimo poder negativo do sistema penal, inaugurando-se assim um período de esplendor na exploração de seu extraordinário poder positivo ou configurador (de vigilância), com a criação das polícias, inspiradas basicamente na polícia borbônica (verticalizada, militarizada, hierarquizada e centralizada), pois o modelo norte-americano de polícia (descentralizada, municipal, com funcionários selecionados) não servia para esses fins. As polícias começaram a cumprir sua incumbência enfrentando as *classes perigosas* (que viviam de pequenos delitos) – com as quais, eventualmente, mantinham uma relação simbiótica – e os dissidentes políticos (sindicalistas, socialistas e anarquistas).

5. Tal processo – que se desenvolveu desde a segunda metade do século XVIII até fins do XIX – consagrou a prisão como quase única pena. As pessoas molestas não podiam ser eliminadas por meio da pena de morte (não cometiam atos muito graves), as pestes se reduziam, a população aumentava, as possibilidades de deportação se limitavam com a perda de colônias ou com o enriquecimento de seus habitantes. Generalizou-se, dentro desse quadro, o uso da prisão e do manicômio como instituições de fiscalização ou de sequestro. A prisão urbana conseguiu manter uma convivência forçada de guardas e presos, segundo um acordo respeitoso de hierarquias, mas suscitou um alto índice de mortalidade e morbidez. Ela se encheu de presos preventivos, fortaleceu seu efeito multiplicador e consagrou o comércio interno de tóxicos como fonte de recursos (no século XIX, a do fumo e do álcool).

[35] Sobre Thomasius, Jerouschek, Günter, em ZStW, 1998, p. 658; Rüping, em ZStW, 1997, p. 381; Cattaneo, Mario A., em *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, p. 131; Heppe, Heinrich, *Soldan's Geschichte der Hexenprozesse*, I, p.244; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 439.

[36] Acerca de Spee e sua obra, cf. Jerouschek, Günter, em ZStW, 1996, p. 243; Döbler Hannsferdinand, *Hexenwahn*, p. 263; Hecht, Ingborg, *In tausend Teufels Namen*, p. 104; Heinsohn, Gunnar e Steiger, Otto, *Die Vernichtung der weisen Frauen*, p. 130; Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 271.

[37] Cf. Geilen, Heinz Peter, *Die Auswirkungen der Cautio Criminalis*.

[38] *Cautio Criminalis*. Ampla bibliografia sobre Spee, pp. VIII e IX.

[39] Cf. Heppe, Heinrich, *Soldan's Geschichte*, II, p. 188.

[40] *Ibidem*.

[41] Cf. Baschwitz, Kurt, *Hexen und Hexenprozesse*, p. 117.

6. A *defesa social ilimitada*, que se justificava com a imponente racionalização argumentativa do *Malleus*, correspondia a uma concepção da sociedade como *organismo*. Não se discutia o exercício do poder porque se supunha ser ele *natural*, ou seja, *naturalizava-se* a superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal. Como a classe industrial em ascensão precisava limitar o poder da nobreza para controlá-la e, depois, deslocá-la em seu discurso, valeu-se do contrato como modelo de sociedade[42]. A um modelo social *natural* (organicista) opôs-se um modelo *artificial* (contratualista) e, por conseguinte, eminentemente modificável. O paradigma do organismo foi substituído pelo do contrato, de modo que todos tiveram de discutir sobre o assunto no quadro desse novo paradigma, inclusive os defensores do absolutismo, assim como os do socialismo e do anarquismo. A ideia do contrato social não foi um mero recurso liberal, mas o *paradigma da disputa política no espaço aberto pela revolução industrial*.

7. Dentro deste espaço teve lugar a primeira grande divisão entre duas vertentes: **a)** a dos que consideraram que o estado anterior ao contrato social (*estado natural*) era um *estado de guerra*, no qual imperava a força e não havia direitos (razão por que o contrato foi firmado para deter a guerra e criar os direitos) e **b)** a dos que asseveravam que era um *estado de paz* e de exercício natural dos direitos, firmando-se o contrato só para reassegurar e melhorar seu exercício. A primeira, absolutista, negava o direito de resistir à opressão, diante da superioridade de qualquer ditadura frente ao caos onde os direitos naufragavam (Hobbes, Kant), embora dela se nutrissem os argumentos de algum autor que postulou seu cancelamento anarquista (Stirner), a partir do momento em que o contrato não conseguiu suprimir a guerra. A segunda, liberal (Locke, Feuerbach), reconhecia o direito de resistência civil à opressão, no caso de afronta aos direitos anteriores ao contrato. No entanto, também por causa dessa vertente, destacou-se quem observava que o contrato havia sido desvirtuado, destruindo a primeira paridade, tornando-se necessário cancelá-lo e firmar um outro em uma base igualitária (Marat), assim como aquele que, ao examinar mais ou menos a mesma coisa, negava a possibilidade de um novo contrato equânime e propunha o respectivo cancelamento anarquista (Goldwin). *Já no âmbito penal, enquanto o paradigma organicista havia emprestado seu discurso de legitimação à coerção direta policial ou administrativa (o poder punitivo como coerção direta destinada a deter a ameaça de morte do organismo), o paradigma do contrato optou por pedi-lo à coerção reparadora (obrigação civil que tem como fonte o contrato), em função de uma retribuição cuja maior dificuldade consistia no fato de não se impor em favor da vítima.*

[42] Sobre essa figura jurídica e sua projetada transcendência na ordem social, cf. Costa, Pietro, *Il progetto giuridico*, p. 225 ss.

IV. Os posicionamentos no pensamento inglês: Hobbes e Locke

1. O último grande defensor do absolutismo inglês, Thomas Hobbes (1588-1679), viu-se obrigado a diminuir a lide contratualista para disputar dentro desse paradigma. O recurso de que se valeu em defesa do absolutismo foi o do *estado da natureza*, concebido como *bellum omnium contra omnes*, combate que somente cessava por meio de acordo no qual os homens depositavam seu poder na pessoa do soberano, encarregado de impor a paz mediante uma clara e precisa definição do proibido (*nullum crimen sine lege*). O direito à resistência era inadmissível por causa do retrocesso ao *bellum omnium contra omnes*. A lei devia ser sempre inexorável porque, em caso contrário, também se rompia o contrato[43].

2. Com Guilherme de Orange regressou à Inglaterra John Locke (1632-1704), o grande contratualista da burguesia inglesa e ideólogo do parlamentarismo, para quem o poder punitivo ocupava um lugar central, ao ponto de, através dele, definir o poder político, como quando respondeu a Hobbes que o estado de natureza não era a guerra, mas sim um estado de completa liberdade para dispor do próprio segundo a lei natural. O estado de guerra é declarado pelo infrator, que assim se converte num inimigo da humanidade. A pena corresponde à lei natural porque é resultado *do direito que todo homem tem de defender a humanidade*. A *defesa da espécie humana*, na qual Locke baseava a legitimidade do poder punitivo, também apelava para a *confusão entre pena e medida policial ou coerção direta*, que continuará se reiterando em todos os esforços legitimadores e, ao mesmo tempo, abrindo o caminho para um direito penal sintomático e *perigosista*, com a dualidade que caracterizou ideologicamente todo o direito liberal fundacional e que foi o germe de sua posterior dissolução: *pela lei fundamental da natureza, o homem deve ser defendido o máximo possível; quando for impossível salvá-lo completamente, deve dar-se preferência à salvação do inocente, e pode-se destruir um homem que trava guerra conosco ou que manifestou ódio por nós, pela mesma razão que podemos matar um lobo ou um leão. Essa classe de homens não se submete à lei comum da razão nem tem outra regra senão a da força e da violência; por isso, eles podem ser tratados como feras, isto é, como criaturas perigosas e daninhas que certamente acabarão conosco se cairmos em seu poder*[44].

3. Em que pese Locke não ter inventado o estado de natureza, o contratualismo social, a admissão de direitos anteriores a seu reconhecimento

[43] Hobbes, Thomas, *Leviatán*.

[44] Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*.

positivo nem o direito de resistência à opressão, sua originalidade se centra na articulação combinatória desses elementos, como discurso sustentador do parlamentarismo e do poder industrial em ascensão e, sobretudo, no modo que nessa argumentação atuam não apenas componentes legitimadores como também os germes da futura decadência do pensamento penal. Como legitimação do poder punitivo apelou para o direito de defesa tantas vezes invocado: neste caso, defesa contra aquele que declarava a guerra rompendo a liberdade implícita no estado de natureza. O pretexto confiscatório consistia em que o direito de defesa, a partir do momento no qual cada homem o transfere para a sociedade pelo contrato, torna-se irrenunciável por esta e, justamente por causa disso, o dano causado pelo delinquente não só compete à vítima, como também é fonte de uma obrigação por parte da sociedade, cujo dever de castigar o inimigo é indisponível. Tais elementos se apresentam em quase todos os autores do liberalismo fundacional, para os quais o fim da pena é a defesa social, com o que, embora legitimassem o poder punitivo que havia se consolidado no século XIII, procuravam limitá-lo discursivamente por dedução da própria premissa legitimadora.

4. Não obstante, deve-se reconhecer que o pensar de Locke é de nível mais alto que o de Hobbes: o estado natural de Locke não é a guerra e, portanto, sua defesa social é muito mais limitada. No estado natural de Hobbes não havia direitos, mas selvageria, pois os direitos surgiam apenas como criação do estado civil e qualquer reação contra o mesmo era insuportável, por tratar-se de uma regressão à selvageria com a perda absoluta de todos os direitos. Isso conduz diretamente ao absolutismo: por pior que seja um *estado civil*, será sempre melhor que a selvageria. Basta trocar *estado civil* por *civilização*, e *guerra* por *selvageria*, para se chegar ao racismo de Spencer. Hobbes – convém lembrar – situava seu *estado de guerra* na América[45]. O mérito de Locke consistiu no fato de ter invertido a proposta absolutista de Hobbes: *o estado de natureza é de liberdade* (há direitos neste estado) e o *estado civil* só faz facilitar ou remover os inconvenientes de seu exercício, razão pela qual possuía limites que não podia ultrapassar: a liberdade humana não pode ser violentada pelo artifício (contrato) criado para facilitá-la. O que esse discurso não percebeu – nem os que até hoje seguem sua trilha – foi que *o poder punitivo sempre limita a liberdade e, ao legitimá-lo, não se faz outra coisa senão semear o germe da destruição dos limites que traça*. Eis a grande contradição do liberalismo penal fundacional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo que o demoliu nos últimos cento e cinquenta anos. Essa história ensina que a legitimação do poder punitivo é sempre *metastática*.

[45] Hobbes, Thomas, *Leviatán*, cap. XIII.

V. O debate na Alemanha: Kant e Feuerbach

1. O contratualismo industrialista da primeira versão liberal ou inglesa passou para o continente europeu e um século mais tarde surgiram autores de trabalhos de grande conteúdo pensante. O século XVIII é conhecido como século das *luzes*, da *ilustração* ou da *razão*. De um modo bem diferente, o empirismo inglês fizera uma combinação com as verdades racionais[46]. O descompasso da Inglaterra e do continente, advindo da prioridade industrial daquela, provocou essa disputa de tendências, que tornou necessário promover o tema da razão a pergunta fulcral sobre o conceito, as possibilidades e qualquer alcance da mesma. O nível mais alto do tratamento da razão foi alcançado com as investigações de Emmanuel Kant, cujas obras fundamentais chamaram-se justamente críticas (Crítica da Razão Pura e Crítica da Razão Prática)[47], ou seja, *investigações*. A teoria kantiana da pena[48] talvez não seja o mais feliz de seus trabalhos, embora o filósofo de Königsberg tenha tratado várias vezes dela[49]. A partir de Fichte, afirmou-se que, para a teoria kantiana, a pena não é um meio, mas um fim e, em tal sentido, como suposta teoria *absoluta*[50], opõe-se às chamadas teorias *relativas*. Esse simplismo gera uma confusão centrada em que a expressão de que a pena é um fim em si mesma deve ser entendida ao nível das penas em particular, mas não porque em geral não se concedesse uma função à punição: em caso contrário, a teoria kantiana seria irracional ou dogmática.

2. Kant teve o mérito de assinalar, pela via da razão, que o ser humano devia ser avaliado como um fim em si mesmo e que sua avaliação como meio é contrária à moral (*imperativo categórico*); no entanto, quando após essa premissa tratou da questão da pena, ele se viu diante de um problema que, definitivamente, não tem solução: enquanto a coerção que detém o injusto é justa, a pena posterior, à medida que queira ter algum fim que a transcenda, torna-se

[46] Cf. Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*.

[47] *Kritik der reinen Vernunft, Kritik der praktischen Vernunft* (*Werkaufgabe*, t. III e IV).

[48] A bibliografia sobre Kant é imensa; uma ideia até meados do século XX em Faculdades de Filosofia e Teologia, pp.83 ss. Por todos, Cassirer, Ernst, *Kant, vida y doctrina;* Kronembmerg, M., *Kant Sein Leben und Siene Lehre*; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*. Sobre teorias penais em Kant: Cattaneo, Mario, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*; Naucke, Wolfgang, *Kant und das psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*; Costa, Fausto, *El delito y la pena*; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Función y aplicación de la pena*, pp. 79 e 171.

[49] Pelo menos em *Versuch den Begriff der negativen Grössen in die Weltweisheit einzuführen*; *Kritik der praktischen Vernunft Analytik* (*Werkaufgabe*, VII, p. 150); *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre* (em *Werkaufgabe*, VIII, p. 334 e pp. 452-460), *Über das Misslingen aller philosophiscen Versuche in der Tehodizee* (*Wekaufgabe*, XI, p. 197); *Über Pedagogik* (*Werkaufgabe*, XII, p. 742).

[50] Sobre esse conceito, Eusebi, Luciano, *La funzione della pena: il comiato da Kant e da Hegel*.

imoral, porque *usa o ser humano como meio, inclusive no caso de ser ele um recurso para seu próprio melhoramento.* Kant não encontrou outra forma de resolver essa inevitável contradição, ao procurar dar à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba imediatamente. Kant – como todo o pensamento ilustrado – não só se defrontava com o problema de legitimar a pena sem mediatizar o ser humano, como também com a necessidade de pôr um limite ou medida à pena. Pela mesma via dedutiva colocou o limite da pena no talião, o que, por outro lado, era uma obsessão de seu tempo (valendo como exemplos a máquina de chicotear de Bentham ou a guilhotina dos franceses).

3. Se a teoria da pena de Kant se denomina *absoluta* por ser inteiramente dedutiva, sem admitir nenhum dado empírico, será também válida tal denominação para opiniões que admitam que em cada caso particular deve-se retribuir sem se prestar atenção na conveniência ou inconveniência casuística; mas se tal denominação deriva do entendimento de que a própria função punitiva não vai em busca de qualquer objetivo ou finalidade, aquela denominação é falsa porque, para Kant, *a lei penal não é menos defensista social do que para os contratualistas restantes*: a pena é um *dever* do estado civil, a ponto de que neste se *deva* impor sempre que um delito for cometido; se se resolvesse rescindir o pacto, antes de fazê-lo a pena *deveria* ser imposta ao último dos delinquentes[51] porque, do contrário, o pacto não seria rescindido e sim rompido por descumprimento. O estado de natureza de Kant era bem semelhante ao de Hobbes: no estado de natureza não havia paz, mas sobretudo porque se tratava de um estado de guerra onde, embora as hostilidades não tivessem sido suspensas, havia a constante ameaça de sê-lo. Como consequência dessa ideia, tal como Hobbes, *ele não admitia o direito de resistência à opressão.* O imperativo categórico só era possível no estado civil (*bürgerlicher Zustand*) e fora dele não era concebido, porque imperava a guerra ou sua frequente ameaça de caos, a utilização do homem como meio, devido ao desenfreado emprego da força: daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano. Apesar de Kant não só não ter explicado isso claramente, mas também ter tentado por todos os meios evitá-lo, não é difícil admitir que em sua construção a pena tinha uma finalidade, que era a efetivação da vingança, como defesa ou sustentação do estado civil, único em que o imperativo categórico pode ser respeitado. Por isso, a teoria kantiana da pena, longe de ser uma teoria absoluta por concebê-la como fim em si mesma, *é a mais radical das teorias da defesa social*, de vez que a

[51] Kant, I, *Metaphysik der Sitten* (*Werkaufgabe*, VIII, p. 455).

vingança talional é condição imediata do estado civil, fora do qual o ser humano não seria respeitado como fim em si mesmo. Esta condição era apriorística, ou melhor, não aceitava nenhuma prova empírica em contrário, porquanto se concluía que justamente para isto se constituiu o estado civil, contra o qual não se admitia direito de resistência.

4. Embora seja costume apontar Kant como o fiador do direito penal liberal, ele está muito mais próximo do despotismo ilustrado, que pretendia introduzir reformas no absolutismo e através da autoridade dos déspotas (*tudo pelo povo, tudo para o povo, mas sem o povo*). De qualquer maneira, urge reconhecer o enorme mérito de Kant por ter levado até às últimas consequências a contradição entre o ser humano, como fim em si mesmo, e a pena: aquele exige um conceito personalista ou intranscendente do direito (o direito serve ao ser humano), ao passo que esta pressupõe um conceito transpersonalista ou transcendente do direito (o direito serve à sociedade, à humanidade, ao estado, à classe, à raça etc.). Diante de tal contradição, Kant – através de uma cadeia de deduções – voltou-se para o posicionamento mais extremado: *a afirmação de que a vingança talional é condição essencial da paz*, deduzida de uma definição essencial da paz, por sua vez deduzida de outra que havia dado anteriormente. *Deduziu, como essencial, o que antes considerara essencial.* Não se justifica a pretensão de voltar hoje ao retribucionismo, como forma de sair do atoleiro, ante o fracasso das outras teorias da pena[52]; as teorias com tal itinerário apenas se atolariam ainda mais.

5. Na mesma corrente criticista de Kant, o seguidor da linha de Locke na Alemanha e, por conseguinte, mais merecidamente considerado avalista do liberalismo penal é Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833). Para este filósofo e penalista bávaro, qualquer que seja a situação externa em que um ser humano se encontre, diante da razão ele continua sendo livre: o homem pode estar na condição de escravo, mas nem por isso deixa de ser livre diante da razão. *No estado de natureza sou livre diante da razão tanto quanto o sou na situação da sociedade civil; mas não o sou na realidade porque a liberdade se apoia apenas em minhas forças e não é garantida nem defendida por ninguém,* afirmava Feuerbach na obra onde se separava de Kant – e de Hobbes –, precisamente intitulada *Anti-Hobbes* (1797)[53], na qual sustentava que o ser humano não só tem direitos que preexistem a qualquer pacto ou contrato, como também, mediante sua razão, ele sabe ou pode saber quais são os direitos que a condição natural não lhe garante, mas em sua essência tampouco os afeta. Para

[52] Eusebi, Luciano, *La pena in crisi*, p. 67, destaca esse fenômeno como nostalgia de Kant e Hegel.

[53] Feuerbach, J. P. Anselm Ritter von, *Anti-Hobbes*, versão italiana de M. Cattaneo.

Feuerbach, os direitos são naturais, do mesmo modo que em Locke, embora sem necessidade de conceber o estado de natureza como um estado de harmonia[54]. Feuerbach não deixava aberto o caminho para o anarquismo contratualista – que teria sua expressão em Godwin – tal como fazia Locke; contudo, não permitia tampouco que a necessidade de superar o estado de natureza o conduzisse ao absolutismo, como Hobbes propunha abertamente e Kant também, ao negar o direito de resistência[55].

6. Kant distinguira nitidamente a razão pura ou teórica da razão prática ou de ação (ética), sendo esta última a que lhe permitia conhecer o dever moral (imperativo categórico). Feuerbach, partindo da naturalidade (pré-contratualidade) dos direitos subjetivos, prestou uma importantíssima contribuição ao perceber uma diferença entre a razão prático-moral (que permitia conhecer o dever moral) e a razão prático-jurídica (que pretendia conhecer os direitos). O ser humano, fazendo uso de sua razão, pode reconhecer qual é seu dever moral, assim como qual é o limite de seu direito para agir de modo diverso desse dever, pois do contrário tende a não perceber com clareza a diferença entre a moral e o direito[56]. O mérito de Feuerbach é indiscutível; no âmbito jurídico-penal ele conduziu o pensamento a um nível mais elevado dentro do saber penal e, sem dúvida alguma, tornou-se um de seus maiores expoentes. Nesse campo, elevou-se mais que o próprio Kant, o que é explicável devido à sua grande especialização no saber penal[57]. *Sua contribuição para o direito*

[54] Sua preocupação com o estado de natureza, expressada muito cedo (*Meissners Monatschrift Apollo*, pp. 197 ss) levou-o a assumir em seus últimos anos de vida a proteção do famoso Kaspar Hauser e escrever arengas em seu favor; cf. Feuerbach, Anselm von, Kaspar Hauser. Detalhes descritivos na novela de Wassermann, Jakob, *O misterioso Kaspar Hauser*.

[55] A obra mais conhecida de Feuerbach, como filósofo do direito penal, é *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799) e, como prático de penalismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, cuja primeira edição é de Giessen, 1801, e que chegou a alcançar, até 1847, o número de quatorze; as publicações posteriores à morte do autor constaram das anotações de Mittemaier; para a melhor investigação sobre sua obra, cf. Cattaneo, Mario A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*. Pertence a seu trabalho legislativo o Código da Baviera, de 1813 (*infra* § 17), além de um projeto inconcluso, que esteve extraviado por muitos anos, mas publicado em 1978 (Schubert, Gernot, *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch*).

[56] Evitou, assim, derivar o direito do dever. Cabe observar que, em uma interpretação nazista da Revolução Francesa, afirma-se que o estado prussiano, com base em Fichte e Kant, opõe aos direitos dessa Revolução a ideia de deveres como essência do espírito de comunidade (Ihde, Wilhelm, *Wegscheide 1789*, p. 504).E

[57] Sobre Feuerbach, cf. Kipper, Eberhard, *Johann Paul Anselm Feuerbach*; Radbruch, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben*; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker*, pp. 543 ss; Grünhut, Max, em *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, pp. 15 ss; Baumgarten, Arthur, em *Sch. Z. F. Strafrecht*, pp. 293 ss; Holzhauser, Heinz, *Willensfreiheit und Strafe*; Binding, Karl, em *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, pp. 507 ss

penal liberal consistiu, precisamente, no aprofundamento da distinção entre moral e direito, iniciada por Thomasius, e no aperfeiçoamento da imagem antropológica no saber penal. Apesar de tudo, e em especial dos esforços para explicar e legitimar o poder punitivo, não conseguiu superar a defesa social e muito menos ainda a contradição entre a pena e o imperativo categórico. Feuerbach tentou aprofundar a diferença entre moral e direito, para poder conceber a pena com um fim prático, mas sem que o imperativo categórico o obstasse. Por essa razão, construiu sua teoria da pena como coação psicológica (*psychologische Zwang*), com o que tampouco conseguiu resolver a contradição, ocasião em que foi objeto de inúmeras críticas. Tal teoria é a mais divulgada das teses de Feuerbach – e quase a única que alguns repetem – o que escondeu durante muitos anos a profundidade e o alto nível de pensamento do autor, sobretudo no mundo penal das línguas neolatinas. Por desgraça, tornou-se conhecido – em particular fora da Alemanha – pela menos feliz de suas teorias, precisamente onde sua tentativa se choca com o impossível: a legitimação do poder punitivo. Contudo, valorizando-o na totalidade de seu pensamento, ele foi, sem dúvida alguma, *quem conduziu à mais elevada posição o pensar criticista (investigador das possibilidades e limites da razão) dentro do saber penal.* Seu fracasso com a teoria da pena não é senão o fracasso no que tange à legitimação do poder punitivo, comum a toda versão fundacional do direito penal liberal.

VI. A defesa social expressa: Romagnosi

1. Giandomenico Romagnosi (1761-1835) foi um pensador liberal que, por via independente, chegou a uma posição que mantém certa semelhança com a teoria da pena como coação psicológica de Feuerbach, e desenvolveu em sua obra mais divulgada (*Gênese do Direito Penal*)[58] a formulação expressa da teoria da defesa social[59]. Para Romagnosi, no estado social a pena deve ser uma força que se oponha ao impulso criminal (*spinta criminale*) como contra-estímulo penal (*contro-spinta penale*), de acordo com uma regra universal de ação e reação[60] no quadro de uma sociedade não deduzida, mas entendida como realidade[61]. Tal teoria apresenta vários obstáculos, porém, de um modo geral, há dois que devem ser destacados: **a)** a impossibilidade de falar de *defesa* quando cessou e esgotou-se a agressão; a *defesa* é viável quando existe e enquanto subsiste a agressão, mas

[58] Romagnosi, Giandomenico, *Genesi*, Florença, 1834 (5ª ed.), também Milão, 1857.

[59] *Idem*, p. 76.

[60] Romagnosi, Giandomenico, *Opere edite e inedite*, I, p. 170; sobre a forma "natural" do surgimento da lei, *Ricerche sulla validità*, p. 235.

[61] Romagnosi, *Opere edite e inedite*, I, p. 842.

quando esta cessar já não poderá haver *defesa*, pois ninguém é capaz de defender-se legitimamente da agressão passada (só pode vingar-se); **b)** a dimensão do dano, como medida da pena (talião), não parece razoável, por ser fortuita e não necessariamente a medida da *contro-spinta penale*[62].

2. Para transpor o primeiro obstáculo, Romagnosi deu um grande salto: baseou-se no fato de que a sociedade não é uma mera conglomeração de indivíduos, mas sim uma *realidade diferente* que se insere como tal em uma lei universal por ele chamada *da competição*: toda ação exige uma reação, princípio ao qual a lei positiva não pode fugir, como simples expressão dessa cosmovisão de um emaranhado interminável de ações e reações. Isso permitiu-lhe entender que o delito não era apenas agressão a uma pessoa, mas sim – e fundamentalmente – a agressão a uma entidade real e diferente, ou seja, a sociedade, que devia ser defendida em função da lei universal da *competição*[63]. Se a sociedade era uma realidade diferente, a agressão subsistia, mesmo consumada e esgotada a lesão à pessoa; isto estava muito próximo à noção de guerra de Hobbes e de Kant.

3. A segunda objeção será apresentada anos mais tarde, quando se negar a possibilidade de medir o impulso criminal, conforme a dimensão danosa do resultado, que é sempre fortuito[64]. Romagnosi – tal como Kant e todos os racionalistas – procurava uma medida ou um limite, mas sua *contro-spinta penale*, semelhante à *psychologische Zwang* de Feuerbach, não podia encontrar medida no dano inferido. Kant, mais inteligentemente, tratara de embargar o acesso a qualquer dado empírico para manter a medida talional. Sem poder limitar a *contro-spinta*, com o talião baseado no resultado, como consequência lógica Romagnosi deixava em aberto a investigação da medida necessária em cada caso, já não de acordo com o que o delinquente fez, mas sim com o que o delinquente é [65]. Por esse caminho transitará o positivismo criminológico, provocando a decadência do pensamento e a redução do saber penal a mero discurso policial.

4. Romagnosi e Feuerbach, embora quisessem e sustentassem a necessidade da medida da pena, deixaram livre o caminho para os dados empíricos. A versão fundacional do direito penal liberal, sem conseguir legitimar limitadamente o poder punitivo, foi se deslocando para a legitimação ilimitada. Seus mentores se esforçaram

[62] O próprio Romagnosi legitima o maior rigor para o reincidente, de um modo semelhante ao positivista (*Opere*, I, p. 1017); outro traço antiliberal se encontra na amplitude com a qual ele previu a prisão preventiva em seu *Progetto del Codice di Procedura*, pp. 48 ss.

[63] Caboara, Lorenzo, *La filosofia politica di Romagnosi*. Sobre a ideia de ordem na tradição contratualista, p. 17.

[64] Essa objeção foi formulada por Cattaneo, Carlo, em *Il Politecnico*, VI, 1843, p. 604; a respeito deste autor, Bracalini, Romano, *Cattaneo*.

[65] Belloni, Giulio Andrea, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, p. 36.

e, de fato, obtiveram um altíssimo nível de pensamento no saber penal; no entanto, não podiam evitar a apelação para a guerra, a defesa social e teorias que não se baseavam em dados empíricos, mas que ficavam exigindo esses dados. Encontravam a salvação dos limites unicamente nos subsídios mais indispensáveis: *os direitos naturais* anteriores ao contrato, inalienáveis, motivo pelo qual Feuerbach, com sua *razão prático-jurídica*, aparece como um dos mais importantes momentos do conteúdo pensante do saber penal. Todos, porém, deviam apelar para a defesa social, embora não empregassem esse nome, bem como procurassem não mencionar paragens perigosas para o pensar, com o que deixavam descampados lógicos. *Defesa social* e *guerra* foram, com estes ou outros nomes, os temas legitimadores pensantes, os quais, por sua natureza, exigem dados de fato. Não convém pôr em dúvida os sinceros e enormes esforços que muitos deles envidaram para não cair na defesa social, como o próprio Feuerbach, que polemizava a esse respeito com Grolman[66], o antecessor mais direto de Romagnosi; no entanto, embora Kant e Feuerbach quisessem refutar tal conceito, dele não puderam escapar de uma maneira definitiva porque, invariavelmente, *qualquer* legitimação *do poder punitivo vai desembocar na ideia de guerra ou de defesa social*, como comprova todo o contratualismo, inclusive Rousseau.

VII. Um novo contrato (socialismo) ou nenhum contrato (anarquismo)

1. O contratualismo foi o paradigma do pensamento que serviu à burguesia industrial em sua luta crescente contra a nobreza hegemônica, paradigma que se desenvolveu no espaço aberto pela disputa entre aquelas classes, mas no qual se pensou, e nem sempre na medida dos respectivos interesses, razão pela qual também mostrou seu potencial perigoso para estes. Um dos caminhos não coincidentes com os da classe então ascendente foi o percorrido pelo revolucionário francês Jean-Paul Marat (1743-1793)[67], que, apesar de não ser jurista – era médico – apresentou, durante o tempo de seu exílio, um *Plano de Legislação Criminal*[68] para um concurso aberto na Suíça, em 1779, que não agradou à banca examina-

[66] Grolman, Karl von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*.

[67] A bibliografia sobre Marat é enorme; sua figura foi considerada negativamente pela generalidade dos historiadores tradicionais e conservadores; por todos, Funck Brentano, *Marat ou le mensonge des mots*. Ela foi reivindicada por Jaurés, Jean, em *Historia socialista* (1789-1900); em Buenos Aires, publicou-se a biografia escrita por Barthou, Louis e Walter, Gérard, *Marat*. A bibliografia mais recente sobre Marat reflete uma posição mais comedida a seu respeito: sobre esta evolução e com amplos dados informativos, Coquard, Oliver, *Marat, o amigo do povo*.

[68] Existem várias traduções: em castelhano, *Marat, J.-P., Principios de legislación penal*; em francês, *Plan de législation criminelle* (com notas e indtrodução de Daniel Hamiche); em alemão, *Plan einer Criminalgesetzgebung*. Há um estudo em russo de Aleksei Adolfovic Gercenzon, *La teoría jurídicopenal de Jean-Paul Marat*. A respeito de suas ideias penais, Lohmann, Friedrich, *Jean-Paul Marat und das Strafrecht in der französichen Revolution*.

dora[69]. Nesse *Plano*, Marat formulava uma crítica revolucionária e socialista à pena de talião kantiana, apesar de admitir que a medida talional era a mais justa. Ele aceitava a tese contratualista, afirmando que os homens se reuniram em sociedade para garantir seu direito, mas que a primitiva igualdade social foi negada mediante a violência que exerciam uns sobre os outros, submetendo-os, além de despojá-los da parte que lhes correspondia. Ao longo das gerações, a falta de qualquer freio ao acúmulo das fortunas foi o que fez uns se enriquecerem à custa dos outros e um pequeno número de famílias amealhar riqueza ao mesmo tempo que uma enorme massa humana ficava na indigência, vivendo em terras ocupadas por outros e sem poder assenhorear-se de nada. Perante tal situação, indagava se os indivíduos que só levavam desvantagem eram obrigados a respeitar as leis, ao que respondia negativamente: *não, sem dúvida que não. Se a sociedade os abandona, eles voltam ao estado de natureza e quando clamam, através da força, por direitos dos quais não puderam prescindir senão para proporcionarem-se maiores vantagens, toda autoridade que se opuser a isso é tirânica e o juiz que os condenar à morte não passará de um vil assassino*[70].

2. Marat, ao desenvolver seus princípios, afirmava que o único título de propriedade justo era o do lavrador e negava todos os demais, baseando-se no fato de que nada supérfluo pode pertencer legitimamente a alguém enquanto faltar a outrem o necessário. Convém observar que o germe do pensamento de Marat estava em Rousseau, a quem Kant manifesta grande reconhecimento e que, na famosa nota final ao primeiro volume de seu Contrato Social (1762), dizia: *de fato, as leis são sempre úteis para os que possuem alguma coisa e prejudiciais para os que nada têm. De onde se conclui que o estado social não é vantajoso para os homens senão enquanto todos possuírem alguma coisa e nenhum deles tiver demais.* Em que pese não ter a obra de Marat grande profundidade jurídica ou filosófica, seu mérito reside em não legitimar o poder punitivo da sociedade de seu tempo. Quanto ao sistema que propunha uma sociedade justa, suas teses eram análogas às de outros teóricos da época (penas fixas etc.).

3. Diante da disputa de poder em discussão durante o processo do capitalismo industrial emergente, em que basicamente podem ser distinguidas a nobreza, a burguesia ascendente e as massas desvalidas e deslocadas para as cidades, o contratualismo, com Kant (e antes com Hobbes), ofereceu muitos argumentos à medida do despotismo iluminista, isto é, aos setores da nobreza que pretendiam introduzir reformas racionais para evitar a perda da hegemonia social; Feuerbach (e

[69] O prêmio foi outorgado à obra de Globig, Hans Ernst von e Huster, Johann Georg. Globig era conselheiro do reino da Saxônia (cf. Böhmer, Georg Wilhelm, *Literatur des Criminalrechts*, pp. 283 ss).

[70] Marat, J.-P., trad. castelhana, p. 14.

anteriormente Locke) ofereciam discursos mais úteis aos burgueses, pois lhes reconheciam direitos subjetivos naturais, anteriores ao estado e por este intangíveis, além de um direito à resistência desde que tais direitos não fossem respeitados; e, por último, Marat discorria sobre o assunto de uma forma que se adaptasse àqueles que pretendiam uma revolução radical, que conduzisse as massas desvalidas ao poder e instaurasse uma sociedade igualitária. Dessa maneira, o contratualismo forneceu argumentos a três posições políticas bem diversas e incompatíveis: o despotismo ilustrado, a revolução burguesa e a revolução proletária.

4. Da leitura de Locke não surgem muito claras as dificuldades que teriam induzido o homem a deixar o estado de natureza ou, pelo menos, elas não são convincentes. Muito mais forte foi a argumentação de Hobbes, pois para este era necessário sair da guerra e do caos. Menos convincentes parecem ser os argumentos de Feuerbach e os do próprio Rousseau. À medida que se assegura a existência de direitos anteriores ao contrato (naturais) e reconhecidos pela razão, menos se justifica a passagem do estado de natureza para o estado social, e vice-versa; quanto mais tenebrosos sejam os traços com que se descreve o estado natural, mais se justifica e explica a voluntária submissão do homem ao contrato. O paradigma contratualista, bem como a descrição do estado de natureza que ele pressupõe, somado à experiência histórica, provocou também desdobramentos que levaram de uma maneira direita ao desprestígio do contrato social. Por um lado, a comprovação de que a sociedade não havia servido justamente para assegurar o respeito de direitos anteriores ao contrato devia induzir a que alguém pensasse que o poder político realmente dificultava mais que facilitava o respeito a esses direitos e impedia seu reconhecimento racional por parte do homem. Esta foi a tese anarquista-racionalista de William Godwin (1756-1836), defendida sobretudo em sua obra *Enquiry concerning Political Justice* (1793)[71]: se existem direitos naturais, estes não podem realizar-se em uma sociedade *artificial*, mas sim em uma *natural*, em que a educação permita a cada homem reconhecer tais direitos mediante o recurso à sua razão. O anarquismo de Godwin é uma espécie de deslegitimação do pacto de Locke e de Feuerbach. Pelo caminho de um racionalismo jusnaturalista também transitou Bakounine: a liberdade do homem consiste em que ele obedeça unicamente às leis naturais, reconhecidas por ele mesmo, e não porque lhe foram impostas externamente por uma vontade estranha, humana ou divina, coletiva ou individual, quaisquer que elas sejam[72].

[71] Godwin, William, *Investigación acerca de la justicia política*.

[72] Bakounine, Miguel, *Dios y el Estado*, p. 71; observou-se que no pensamento anárquico existe também uma corrente contrária ao jusnaturalismo, na qual se menciona Malatesta, para quem o anarquismo é uma escolha ética (cf. La Torre, Massimo, em *Il diritto e il rovescio*, p. 105).

5. O mais curioso, porém, é que algo similar foi conseguido também por outro caminho: se o estado de natureza era a guerra, na realidade tampouco a história está em condições de expor muitas razões para achar que o pacto social a tenha superado. Nesse sentido, foi um alemão, Johann Gaspar Schmidt, que escreveu sob o pseudônimo *Max Stirner* (1806-1855) o livro *Der Einziger* (O Único), publicado em 1843, que levou ao extremo a proposta de Hobbes (e talvez a de Kant) e, por conseguinte, refutou todo o direito anterior a qualquer contrato e glorificou a guerra, a qual conduziria a um estado de equilíbrio[73]. Embora esse anticontratualismo anárquico – em cujo seio o valor pensante da elaboração de Godwin se apresenta bem superior ao de Stirner – não seja propriamente uma manifestação contratualista, não é menos exato que se trata de uma reação negativa efetuada no âmbito do pensamento criado por esse paradigma, reafirmando a assertiva de que o mesmo não foi elaborado conforme uma classe, mas sim aconteceu em um espaço, rico e politicamente policromático, aberto por ela.

VIII. O liberalismo sem metáfora: o pensamento norte-americano

1. O pensamento dominante na revolução norte-americana não foi tributário do contratualismo. De um modo geral, ele rechaçou o conceito de Estado que vinha recebendo da Europa, questionando não só *os aspectos principais do contratualismo, do individualismo ontológico ao formalismo legal, mas também um conceito de Estado como alguma coisa superior à dimensão humana*[74], o que os teóricos chamaram de *democracia natural ou estado débil*. Foi a própria coesão social das colônias norte-americanas que tornou desnecessárias a apelação para a metáfora do contrato e a ficção de um ser humano *pré-estatal*. A revolução norte-americana – ao contrário da francesa – não mudou nem pretendeu mudar uma estrutura social, mas limitou-se a organizar o autogoverno de uma sociedade já estabelecida que não se alterava. Aliás, essa sociedade se integrava nos pequenos proprietários, não conhecia aristocracia nem privilégios feudais, expandia permanentemente sua fronteira geográfica e admitia qualquer culto[75]. A ética protestante e o puritanismo nutriram os valores da convivência colonial norte-americana[76]: os puritanos eram inimigos dos anglicanos e careciam

[73] Stirner, Max, *Der Einzige und sein Eigentum*.

[74] A respeito disso, Melossi, Dario, em *El estado del control social*, pp. 137 ss.

[75] Tocqueville, Alexis de, A Democracia na América; Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, p. 95.

[76] Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

de estrutura centralizada e hierarquizada. A ideia predominante era que a crescente riqueza aumentaria o bem-estar e dissolveria as contradições sociais.

2. Os norte-americanos não precisaram recorrer a uma imagem metafórica para reformar um contrato, mas vivenciavam a própria existência do mesmo, o que os levou a propor seu asseguramento institucional: enfurnaram-se numa questão descuidada na Europa, que era a preservação do contrato diante da mutante vontade das maiorias. Seu *Bill of Rights* foi um instrumento prático de preservação e não uma ideologia que pretendesse universalizar-se como a francesa. Esta foi a base do sistema de *cheks and balances* que tomou corpo na sua Constituição. Tratou-se, pois, de um liberalismo que não utilizou o contrato como metáfora, por surgir de uma forma *natural* em uma sociedade tida por si mesma como sem exclusões, autopercepção que os levou a considerar que os negros não eram norte-americanos, inclusive na opinião dos antiescravistas mais esclarecidos[77]. Suas expressões teóricas mais significativas se acham nas obras de Thomas Paine (1737-1809) e em O Federalista. A filosofia política de Paine se baseava na teoria da *harmonia natural dos interesses individuais*, razão por que ele polemizava com o reacionário inglês Burke. Assim sendo, criticava as sociedades estratificadas europeias, de um modo bastante parecido com o de Marat: *quando, em países que se dizem civilizados, vemos a velhice indo para o hospício e a juventude para o patíbulo, tem de ser porque alguma coisa anda mal no sistema de governo. Talvez o aspecto externo desses países seja de absoluta felicidade; porém, oculta aos olhos do observador comum, encontra-se a massa desvalida que quase não tem outra opção senão sucumbir na pobreza ou na infâmia. Sua entrada na vida está assinalada com o presságio de sua sina; e enquanto isto não se remediar, inúteis serão os castigos*[78]. Quanto a O Federalista, seu programa poderia ser sintetizado na noção de que em uma república *não só é de grande importância preservar a sociedade da opressão de seus governantes, como também proteger uma parte da sociedade contra as injustiças da outra*[79], com o que assenta as bases para a tutela dos direitos das minorias, que é fundamento de toda prática democrática e que se assegura institucionalmente mediante o controle de constitucionalidade a cargo dos juízes.

3. A noção norte-americana de uma sociedade que não conhecia exclusões era sustentada a partir da exclusão dos negros. Tal atitude se modificou no decorrer dos anos e passou-se a considerá-los – pelo menos em teoria – parte da sociedade. Esta incorporação obteve um efeito discursivo paradoxal, embora

[77] Cf. Ginzberg, Eli e Eichner, Alfred S., *El negro y la democracia norteamericana*, pp. 58 ss.

[78] Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, p. 285.

[79] Hamilton, A., Madison, J. e Jay, J., *El Federalista*, pp. 356 ss.

convenha reconhecer que marginal dentro do âmbito acadêmico: seguiu-se utilizando o mesmo conceito de sociedade integrada para legitimar a repressão indiscriminada e sustentar que os pobres devem ser apenados sem se levar em conta suas dificuldades sociais. Por meio da ficção de que todos estão incorporados à sociedade, afirmou-se que os pobres são mais propensos a delinquir do que os ricos; daí ter-se concluído que a sociedade, ao apená-los por igual, só ratifica sua inclusão social[80].

IX. Os penalistas do contratualismo

1. Os penalistas do contratualismo se movimentaram entre as necessidades contraditórias de legitimar e de limitar o poder punitivo. Seu pensamento viu-se restringido pela primeira e alçado pela segunda, debatendo-se nessa polarização insolúvel. Fora do penalismo – se por tal entendermos os juristas ou cultivadores do saber jurídico-penal – o contratualismo surtiu outros efeitos. Tem-se visto uma série de pensadores que lidaram com esse paradigma, no que tange ao sistema penal e ao saber, mas entre eles só podem ser considerados penalistas Anselm von Feuerbach e Giandomenico Romagnosi, pois para os demais o contratualismo se apresentou apenas como uma questão ineludível, porém incidental. De qualquer maneira, a circunstância de que todos os que pensaram a política tenham se ocupado do poder punitivo, a partir da filosofia, comprova que não erraram em seu diagnóstico quanto a considerá-lo uma questão central do poder político, o que contrasta marcadamente com a atitude dos cientistas políticos do século XX, que negligenciaram o tema e minimizaram-o até deixá-lo oculto, ao mesmo tempo que os penalistas também ocultavam a dimensão política básica de suas propostas.

2. Os penalistas do contratualismo, por sua vez, tiveram de explicar a notória transformação das penas na segunda metade do século XVIII e na primeira do XIX: *a passagem das penas corporais para as privativas de liberdade*. O chamado processo de *humanização* do direito penal, que fez da privação de liberdade o eixo central do sistema de penas, precisava de uma explicação, porquanto até então a privação da liberdade só era preventiva, mas não operava como pena e muito menos ainda em delitos graves[81]. A partir do contratualismo, a gravidade do delito traduziu-se num desvalor legal expresso em tempo. Até então se pensara nas penas *naturais* (derivadas da *natureza* dos delitos), talionais, privando o infrator de bens análogos aos afetados (vida, patrimônio, honra,

80 Esta tese insólita foi defendida na obra marginal de van den Haag, Ernst, *Punishing Criminals*.

81 Por todos, Ignatieff, Michel, *Le origini del penitenziario*.

integridade física, sexualidade etc.), mas a transformação se deu no sentido de uma *taxa praticamente única* (em uma só espécie) e medida de uma forma linear. Isso corresponde a toda uma cosmovisão linear da época mercantilista: progresso, medida do tempo, unificação de penas e recursos para facilitar o comércio etc., tudo linear e evolutivo. Dentro de tal concepção do mundo, e embora não o expressassem claramente, entendia-se que o delito era uma violência contratual, passível de ser indenizada, para o que se privava o infrator de seu trabalho como mercadoria (passível de ser oferecida no mercado).

3. De qualquer maneira, esse momento de elevado pensamento e reflexão lançou as bases de um direito penal como discurso limitador da punição, cuja característica mais destacada foi pretender baseá-la em um ato sujeito à legalidade, à judicialidade e a um debate acusatório com direito a defesa. Sem dúvida alguma, elas representaram um instante de autêntico pensamento no saber penal e seu aporte, isto é, *a versão fundacional do direito penal liberal* garantiu-lhes um lugar preferencial na história. O lastro de seu pensamento constitui sua teoria da defesa social: a pena era para eles necessária pelo próprio efeito do contrato. Essa suposta necessidade – que sobrevive no chamado retribucionismo contemporâneo –, por via do idealismo dedutivo, passou por alto sobre a seletividade estrutural que desbarata o aspecto legitimante de seu discurso.

4. Não é possível mencionar, em particular, todos os penalistas do racionalismo, em virtude da extrema riqueza do movimento. Uma análise desse tipo excede o *quadro demonstrativo*: **a)** *do alto grau de conteúdo pensante do saber penal daquela época;* **b)** *do valioso aporte da versão fundacional do direito penal liberal e* **c)** *da inevitável contradição entre legitimação e limitação, que continha germinalmente os elementos que seriam empregados para demolir sua obra ciclópica.* No tocante a tais efeitos, basta destacar que houve uma etapa preparatória ou político-criminal do racionalismo, com Beccaria na condição do mais difundido dos pensadores penais da Ilustração, e uma etapa posterior construtiva do sistema, a partir dos moldes do liberalismo penal, da qual é suficientemente representativa a chamada *escola toscana*, de Carmignani e Carrara. O liberalismo foi demonizado na Espanha e em Portugal; não obstante, ambos os países tiveram também seus penalistas iluministas: Lardizábal, na Espanha, e Mello Freire, em Portugal.

5. A tradição e a enorme difusão da obra de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (1738-1794)[82], implicam abrir o elenco dos juristas do momento fundacional

82 Bibliografia sobre Beccaria: Manupella Giacinto, em separata do Boletim da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra, 1963, pp. 107 a 375; Academia Nazionale dei Lincei, *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera Dei delitti e delle pene*; Graven, Jean,

do direito penal liberal com o *menos penalista* de seus integrantes, no que se refere a técnica jurídica ou a elaboração de sistema. Esse marquês milanês não foi um destacado jurista, embora seu nome seja o mais repetido e por isso deva ser tido como a inquestionável cabeça visível desse momento histórico, a quem todos tomaram por referência para coincidir ou polemizar. Sua obra, Dos Delitos e das Penas (1764),[83] é fruto de juventude que tem muito mais de discurso político do que de estudo jurídico ou científico. Apesar disso, seu livro foi sumamente oportuno e os respectivos resultados, positivos[84]. Seu pensamento pertence mais à vertente revolucionária que ao despotismo ilustrado, como integrante de um círculo onde se sobressaíam os irmãos Verri, em Milão [85]. A primeira edição do livro foi anônima e Beccaria não voltou a tratar da questão penal, mas sim de temas econômicos e técnico-financeiros[86], e passou o resto de seus dias exercendo funções burocráticas. O pensamento de Beccaria foi semelhante ao de Rousseau quanto ao contratualismo e daí derivava a necessidade de legalidade do delito e da pena. Ele considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado e refutava duramente a crueldade inusitada destas e da tortura, que era o meio de prova mais comum. Beccaria sustentava que a pena de morte devia ser abolida, salvo para os delitos contra o estado, baseando-se no fato de que seria inadmissível que alguém, no contrato, tivesse renunciado ao direito à vida, o que Kant criticou. Sua obra foi logo traduzida para várias línguas e influenciou todas as reformas penais dos déspotas esclarecidos de seu tempo. O impulso difusor foi-lhe dado por Voltaire, que lhe dedicou, na França, um comentário consagrador. Voltaire – homem do Iluminismo – havia assumido a defesa *post mortem* de um protestante francês, Jean Calas, acusado de assassinar o filho por ter este querido

Grandes figures et grandes oeuvres juridiques, pp. 97 ss; Nuvolone, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, pp. 438 ss; Spirito, Ugo, *Storia del diritto penale italiano*, pp. 39 ss; Mondolfo, Rodolfo, *Cesare Beccaria y su obra*; Maestro, Marcello, *Cesare Beccaria*; Asúa Batarrita, Adela (org.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*; Zorzi, Renzo, *Cesare Beccaria*; Lins e Silva, Evandro, em Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, pp. 5 ss; Beiderman, Bernardo, em *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez* Devesa, pp. 99 ss; Freitas, Ricardo de Brito, Razão e Sensibilidade, S. Paulo, 2001, ed. J. Oliveira.

[83] Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene, a cura di Franco Venturi*.

[84] Sua obra teve várias traduções. Em castelhano, *Tratado de los delitos y de las penas (traducido del italiano por Don Juan Antonio de Las Casas)*, assim como o *Tratado de los delitos y de las penas por Beccaria (nueva traducción)*. Para uma análise detalhada das primeiras versões castelhanas, Francisco P. Laplaza, em *Estudio preliminar a la edición bilingue de Beccaria, De los delitos y de las penas*, p. 152. Seu tradutor alemão foi o iluminista Hommel, Karl Ferdinand, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*. No Brasil, há diversas traduções, entre as quais Sabino Jr., Vicente, Cesare Becaria e seu Livro dos Delitos e das Penas, S. Paulo, 1972, ed. Juriscrédi (com estudo biobibliográfico preliminar) e a tradução de Campana, A. C., Dos Delitos e das Penas, S. Paulo, 1978, ed. Bushatsky (com introdução de Calamandrei).

[85] Cf. Valeri, Nino, *Pietro Verri*.

[86] Cf. *Opere diverse* (dois volumes, em especial o segundo).

convertê-lo ao catolicismo, e por isso condenado ao suplício da roda[87]. Dois anos após a execução de Calas, Voltaire obteve a declaração judicial de sua inocência, seguida de grande escândalo. Nesse momento chegava à França a obra de Beccaria, e Voltaire aproveitou a ocasião para difundi-la[88]. Como resultado dessa difusão, as penas atrozes acabaram desaparecendo da legislação, pelo menos formalmente.

6. Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820) desenvolveu sua obra na Espanha, embora nascido no México, motivo pelo qual pode ser considerado *o primeiro penalista da América Espanhola*[89], embora o País Basco reivindicasse também para si esse título. Homem da Ilustração, sua melhor obra – Discurso sobre as penas (1782)[90] – corresponde a essa corrente. Lardizábal combinava a teoria do contrato social com o aristotelismo, pois sustentava que o contrato não se efetuava por acaso, mas sim porque correspondia ao pendor social do homem. Suas ideias penais são semelhantes às de Beccaria, embora com visíveis toques de Filangieri e um tom político levemente revolucionário. Segundo ele, o princípio da legalidade não provinha do contrato social, mas de razões práticas. Apesar de confessar-se católico, concedia à religião o valor de um meio de controle social idôneo para conter a rebeldia: poder-se-ia dizer que, nesse aspecto, tratava-se de um funcionalista *avant la lettre*. Quanto à sua formação jurídica, ela era bem superior à de Beccaria, e sua obra muito mais técnica[91], em que pese não haver tido o mesmo resultado prático imediato que a dele[92]. Sua erudição foi comprovada com a apresentação do *Fuero Juzgo* da *Real Academia Española* [93].

7. Já o português Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1798) foi catedrático da Universidade de Coimbra desde 1781. Sua obra científica consiste em uma trilogia: uma história do direito português, algumas instituições de direito civil e suas *Institutionum juris criminalis lusitani*, de 1789 [94]. Em 1792, recebeu formalmente de

[87] Cf. Dassen, Julio, *Voltaire, defensor de Juan Calas*; o comentário de Voltaire à obra de Beccaria, na tradução de Laplaza, pp. 241; sobre seu pensamento penal, Casas Fernández, Manuel, *Voltaire criminalista*; Hertz, Eduard, *Voltaire und di französische Strafrechtspflege im 18 Jahrhundert*. A reação francesa foi continuar afirmando a culpabilidade de Calas; cf. De Maistre, José, *Las veladas de San Petesburgo*; Robert, Henri, *Les grands procés de l'histoire*, pp. 149 ss.

[88] A famosa tradução francesa de Morellet: *Beccaria, Cesare, Traité des délits et des peines*.

[89] Blasco y Fernández de Moreda, Francisco, *Lardizábal – El primer penalista de América Española*.

[90] *Discurso sobre las penas* (edição fac-similar com prólogo de Javier Piña y Palacios).

[91] Cf. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Lardizábal, un penalista ilustrado*.

[92] De qualquer maneira, Gutiérrez publicou uma síntese e reprodução de suas ideias: *Discurso sobre los delitos y las penas*.

[93] Lardizábal, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o fuero de los Jueces*, em *Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y precisos codices por la Real Academia Española*, pp. III a XLIV.

[94] Paschalis Josephi Mellii Freirii, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*; suas demais obras são *Historia Juris Civilis Lusitani*; *Institutionum Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*.

Dona Maria I, a rainha louca, a incumbência de elaborar dois códigos, um de direito público e outro criminal[95]. Sua posição próxima à de Beccaria e Filangieri acarretou-lhe a inimizade dos revisores de seus trabalhos e do censores de suas obras. Seu projeto era extraordinariamente avançado em relação à atrasadíssima legislação portuguesa vigente na época (as Ordenações Filipinas). Em sua exposição de motivos citava Beccaria, Montesquieu, Servan, Locke, Rousseau, Vermail, Blackstone e outros. Para Mello Freire, a pena tinha um evidente fim preventivo: *ou para que corrigisse aquele que era apenado, ou para que o exemplo melhorasse os outros, ou para que, afastados os maus, os demais vivessem mais tranquilos.* O projeto de Mello Freire não foi sancionado, embora tenha exercido grande influência no pensamento português e, posteriormente, no brasileiro. Sua *Institutionum* nunca foi traduzida integralmente para língua romance[96], apesar de ter sido o livro de texto mais difundido em Portugal durante muitos anos. Trata-se, sem dúvida alguma, de um autor de sólida formação jurídica e muito bem informado a respeito do movimento iluminista de seu tempo.

8. Já na Toscana floresceu uma escola cujo primeiro representante foi Giovanni Alessandro Francesco Carmignani (1768-1847), um nítido expoente da etapa fundacional do direito penal liberal, ao passo que o segundo – Francesco Carrara (1805-1888) – soube difundi-la de uma forma monumental. *Elementa juris criminalis*, a obra mais específica de Carmignani,[97] recebeu esse nome só na terceira edição (1822), de vez que na primeira (1809) se intitulava *Elementa jurisprudentiae criminalis*[98]. Sua principal característica era a dedução do direito penal da razão, chegando a uma concepção preventiva da pena e, em obra subsequente (Teoria das Leis da Segurança Social, de 1831-1832)[99] propunha explicitamente a substituição dos termos *delito* e *pena* por *ofensa* e *defesa.* Carmignani também usava expressões como *dano social* e *defesa social*, com o que se avizinhava de Romagnosi. Seu grande mérito consistiu em haver tentado criar, com seriedade, um sistema de direito penal derivado da razão: a anarquia legislativa italiana e a falta de uma constituição ou de um código político garantidor, ao estilo norte-americano, obrigavam-no a procurar os limites para o poder punitivo na razão. A partir dessa premissa dedutiva, construiu um sistema de direito penal, arvorado desse modo em *ponte indispensável para incorporar ao discurso jurídico os princípios liberais expostos nos trabalhos de política criminal ou de crítica, tal como o fizera Beccaria.* Apesar de outros autores merecerem destaque, porquanto também tentaram estabelecer esse sistema – sobretudo os alemães e, em especial Feuerbach –, Carmignani pode ser considerado, por um lado, seu mais afortunado mentor em língua não germânica e, por outro, quem, segundo revela abertamente, tratou do assunto sem a pretensão de estar limitado à interpretação de um texto. É fundamentalmente diferente o *espírito do sistema* que preside os trabalhos de Carmignani e o que se encontra no dos pós-glosadores ou práticos, embora, no tocante ao exclusivamente técnico, ele não só não desprezou, como até incorporou a experiência deles; enquanto eles se limitavam – ou pretendiam limitar-se – a comentar leis, Carmignani tinha como fonte a razão, e as leis ou conformavam-se a ela ou não eram racionais, recurso pelo qual conseguiu vestir com técnica dogmática os princípios liberais e, assim, torná-los práticos para legisladores e juízes[100], objetivo para o qual contribuía seu ativo exercício de advogado[101]. Em suma, sua metodologia não deixava de ser dogmática, ainda que com uma nítida particularidade: o direito penal liberal requer um quadro liberal, ou seja, uma constituição; ante a ausência, o primitivismo ou estágio rudimentar desse instrumento, a intencionalidade política liberal de Carmignani na construção do sistema levava-o a procurá-lo na razão e a pretender deduzi-lo desta. Por esse motivo, ele pode ser considerado o mais direto antecedente do direito penal de garantias emoldurado no direito constitucional e no direito internacional, pois se viu impelido a construí-lo carente de um quadro normativo de hierarquia superior.

9. Francesco Carrara (1805-1888)[102] foi, desde 1848, professor em Lucca, sua cidade natal, até 1859, quando passou a catedrático da Universidade de Pisa, como sucessor de Mori (divulgador do pensamento penal alemão na Itália)[103], embora, na realidade, tenha sido o continuador ideológico de Carmignani, de vez que prosseguiu

[95] Cf. *infra*, § § 17 e 18.

[96] Há fragmentos traduzidos em Boletim do Ministério da Justiça nº 49, julho de 1955, pp. 67 ss. Na metade do século XIX, suas Instituições ainda constituíam as bases dos cursos de direito criminal luso-brasileiros (Couto, F. de A. e Carvalho, L. J. D. de, Lições de Direito Criminal segundo as preleções oraes do Dr. Bazilio Alberto de Souza Pinto, adaptadas às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire, Pernambuco, 1847, ed. Tip. União).

[97] Sobre Carmignani, cf. Pardini, Francesco, *Cenni biogafici intorno al Prof. Giovanni Carmignani*; Ambrosoli, Filippo, *Cenni intorno alla vita e alle opere del Prof. Giovanni Carmignani*, na trad. italiana cit., pp. XI ss; Canuti, G., *Giovanni Carmignani e i suoi scritti di filosofia del diritto.*

[98] Carmignani, Joannis, *De Pisana Academia Antecessoris, Juris Criminalis Elementa*; trad. italiana, *Elementi di Diritto Criminale del Professore Giovanni Carmignani.*

[99] Carmignani, Giovanni, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale.*

[100] É absolutamente injusta a minimização que faz de sua obra Spirito, Ugo, pp. 60 ss.

[101] São notáveis seus escritos forenses, apesar de pouco difundidos em seu próprio país e em que pese ter ele mesmo os recompilado em quatro volumes: *Cause celebri discusse dal Cav. Commendatore Giovanni Carmignani* (é curioso que o editor tenha acrescentado às pp. 5 ss. do t. I os *Cenni biografici*, de Francesco Pardini, datados de 1847).

[102] Sobre esse autor escreveram: Scalvanti, O., *Francesco Carrara nella storia politica del giure criminale;* Laplaza, Francisco P., *Francesco Carrara, sumo maestro del derecho* penal; Spirito, Ugo, op. cit., pp. 193 ss; Nuvolone, Pietro, *Trent'anni di diritto e procedure penale*; Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Pisa, *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*; Cattaneo, Mario A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*; Agudelo Betancur, Nodier, *El pensamiento jurídico-penale de Francesco Carrara.*

[103] Mori, F. A., *Scritti germanici di Diritto Criminale.* (Existe uma estranha edição parcial de tradutor anônimo, em dois tomos: *Scritti germanici di Diritto Criminale. Opera que può formar seguito e compimento alla teorica del Diritto Penale di A. Chaveau.*)

sua trilha metodológica[104], aprofundando-a e enriquecendo-a com a construção de um sistema muito mais desenvolvido, principalmente quanto à pesquisa da parte especial, que expõe em seu monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuja publicação foi iniciada tão logo ocupou a cadeira na Universidade de Pisa. Com Carrara, a construção do sistema do direito penal alcançou um elevadíssimo nível técnico, a ponto de ter sido apontado nessa vertente como o ápice do direito penal liberal em sua versão fundacional. Quando sua vida estava se extinguindo, já começavam a aparecer os sinais da decadência do pensamento no direito penal, isto é, já se havia posto em andamento o franco processo de demolição da construção liberal desse direito. Carrara não teve tempo de discutir diretamente com os positivistas, mas o fez com os românticos do idealismo alemão (como Röder por exemplo), intuindo de uma maneira clara de onde vinha o perigo[105].

10. A extrema riqueza do pensamento racionalista penal torna impossível discorrer aqui, de uma forma particular, sobre todos os autores dessa corrente e época. Entre os que anteriormente não foram referidos, apenas por motivo de espaço, merecem ser lembrados Kurt Ferdinand Hommel (1722-1781), o já conhecido tradutor alemão de Beccaria, que apresentou uma interessante concepção liberal contratualista baseada no determinismo[106]; o iluminista austríaco Josef von Sonnenfels (1733-1817), que impulsionou a extinção da tortura[107] e as reformas legislativas de começos do século XIX; Michel de Servan (1739-1807), que foi o teórico francês do despotismo ilustrado[108]; o napolitano Gaetano Filangieri (1752-1788)[109], cuja *Scienza della*

[104] *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa dal Professore Francesco Carrara.* Seus demais trabalhos se acham em *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara.*

[105] Cf. Zaffaroni, E. R., *Carrara y Röder,* em Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, *Francesco Carrera nel primo centenario della morte*, pp. 411 ss.

[106] A respeito desse autor, cf. Zahn, K., *Hommel als Strafrechtsphilosoph und Strafrechtslehrer*; Schmidt, Eberhard, *Einführung*, p. 209; sobre suas obras, Hommel K. F., *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*; *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze.*

[107] Sonnenfels, Josef von, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz; Über die Abschaffung der Tortur*, assim como *Über die Stimmenmehrheit bei Kriminal-Urtheilen.* Sobre este autor, cf. Müller, Wilibald, *Josef von Sonnenfels*; Lustkandl, W., *Sonnenfels und Kudler;* Schmidt, Eberhard, *Einführung*, p. 211 ss.

[108] *Oeuvres de Servan (Nouvelle édition augmentée de plusieurs pièces inédites, avec des observations et une notice historique, par X. de Portets)*; em especial, *o Discours sur l'administration de la justice criminelle*, t. II, pp. 1 ss e *Des assessinats et de vols politiques, ou des proscriptions et des confiscations*, t. III, pp. 365 ss.

[109] A respeito de Filangieri, acham-se reunidos trabalhos em AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*; cf. ainda Ruggiero, Gerardo, *Gaetano Filangieri – Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del settecento*; Ajello, Raffaelle, *Formalismo medievale e moderno*, pp. 38 ss.; Constant, Benjamin (o francês – 1767-1830 –, não o brasileiro – 1833-1891), *Commentario alla Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri*, trad. it., 1839.

Legislazione[110] sofreu uma profunda influência de Locke e Beccaria, bem como inspirou legisladores e projetistas espanhóis[111] e portugueses e, portanto, a primeira codificação penal latino-americana; o também napolitano Francesco Mario Pagano (1748-1799), que tentou a construção de um sistema, especialmente em seus Princípios do Código Penal, publicados postumamente em 1803, nos quais antecipa o ensaio de Carmignani[112]; Pellegrino Rossi (1787-1848)[113] que, desde o ecletismo historicista, não se afastou da marca liberal generalizada[114]; o norte-americano Edward Livingston (1764-1836), quem começou seu projeto de legislação para Louisiana seguindo muito de perto Bentham, mas depois deu uma grande guinada para o racionalismo[115] etc. Pelas mesmas razões já citadas não é possível determo-nos em outros importantes trabalhos de juristas e não-juristas, como os do intelectual milanês Pietro Verri (1728-1797)[116] e do jurista e literato espanhol Juan Pablo Forner (1756-1797) contra a tortura, nem tampouco nas ideias sobre assuntos penais de outros pensadores referidos, como Rousseau, Voltaire e do próprio Montesquieu, que, embora não sendo contratualista, pode ser considerado o fundador da moderna sociologia jurídica[117].

[110] *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*; *La Scienza della Legislazione di Gaetano Filangieri;* foram traduzidas para o castelhano e escreveu-se, inclusive, um Compêndio: *Compendio de la obra que escribió el Caballero Filangieri.*

[111] Cf. Lallinde Abadía, Jesús, em *Gaetano Filangieiri e l'Illuminismo europeo*, pp. 454 ss; Scandellari, Simonetta, ob. cit., pp. 519 ss; Galindo Ayuda, Fernando, ob. cit, pp. 375 e Cattaneo, Mario A., ob. cit. pp. 274 ss.

[112] Pagano, Francesco Mario, *Principii del codice penale*; *Considerazioni sul processo criminale* e também *Saggi politici*, em *Opere filosofico-politiche ed estetiche, Saggio II.*

[113] Rossi, Pellegrino, *Oeuvres Complètes de P. Rossi* (há, pelo menos, duas edições em Bruxelas, de 1835 e 1850); em castelhano, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Cayetano Cortés.

[114] Indagações a respeito de Rossi em Ledermann, *P. Rossi, l'homme et l'économiste*; Biggini, C. A., em *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1930, pp. 140 ss; Graven, Jean, *Pellegrino Rossi*; e sobre seu assassinato, Andreotti, Giulio, *Ore 13: il Ministro deve morire.*

[115] Sobre esse autor, cf. Hunt, H., *Life of Edward Livingston*; Moore, E. H., em *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1928, pp. 344 ss, com grande informação bibliográfica; Dumas, Malone, *Dictionary of American Biography*, t. XI, pp. 309 ss, assim como a bibliografia supra-indicada, § 17.

[116] Pode-se consultar Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, trad. de Manuel de Rivacoba.

[117] *Oeuvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition; Esprit de lois, par Montesquieu, avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, La Harpe, Servan* etc.; de um modo geral, Barrière, Pierre, *Un grand provincial; Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Monstesquieu.* A respeito de suas ideias penais, Stooss, Karl, em *Sch. Z. f. Strafrecht*, 32, 1919, pp. 22 ss; Graven, Jean, *Montesquieu et le droit pénal dans Montesquieu, sa pensée politique et constitutionelle*; Schmidt, Eberhard, em *Fest. f. W. Kiesselbach*, pp. 117 ss; Garrido, Luis, *Montesquieu penalista*, em *Notas de un penalista*, pp. 157 ss.

CAPÍTULO VIII

A DECADÊNCIA DO PENSAMENTO

Aarão Reis Filho, D. *et alii*, História do Marxismo no Brasil, Rio, 1991, ed. Paz e Terra; AA.VV., *Gedächnisschrift f. Franz von Liszt*, em ZStW, 1969, pp. 685 ss.; *Revue Internationale de Droit Pénal*, ano 1951; AA.VV., *Homenaje a Dorado Montero*, em *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madri, 1971; AA.VV., *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*, Turim, 1908; Abbagnano, Nicola, *Dizionario di Filosofia*, Turim, 1980; do mesmo, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1973; também, *Filosofía, religión y ciencia*, Buenos Aires, 1961; Abegg, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1841; do mesmo, *Die verschiedene Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt a.d. Orla, 1835; também, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830; Abraham, Tomás, *El último oficio de Nietzsche y la polémica sobre El nacimiento de la tragedia, Wilamowitz-Rohde-Wagner*, Buenos Aires, 1996; Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustande dieser Wissenschaft in Deutschland*, Brauschweig, 1846; *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Viena, 1870; Alimena, Bernardino, *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, 1911; do mesmo, *Principii di Diritto Penale*, Nápoles, 1910; Alvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, 1983; Antón Oneca, José, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951; Aramburu y Zuloaga, Félix de, *La nueva ciencia penal (Exposición y crítica)*, Madri-Sevilha, 1887; Arciniegas, Germán, *América en Europa*, Bogotá, 1980; Areco, Horacio P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*, Buenos Aires, 1908; do mesmo, Areco, Horacio P., *Psicología legal*, Buenos Aires, 1912; Atkinson, C.M., *Jeremy Bentham: his life and his work*, Londres, 1905; Azcárate, Pablo de, *Sanz del Río (1814-1869). Apunte biográfico de F. Giner de los Ríos*, Madri, 1969; Baumgarten, Arthur, *Die lisztische Strafrechtsschule und ihre Bedeutung fue die Gengenwart*,, em *Schw.z.f.Str.*, 1937, pp. 1 ss.; Bekerman, Gérard, *Vocabulaire du Marxisme – Wörterbuch des Marxismus*, Paris, 1981; Belegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, Madri, 1992; Bentham, J., *Traité de Législation civile et pénale*, Paris, 1830; do mesmo, *Théorie des peines et de récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jerémie*

Bentham, Jurisconsulte anglais, par E. Dumond, Paris, 1825, 2 vols.; e ainda, *Le Panoptique*, Paris, 1977, ed. P. Belfond; Bernaldo de Quiroz, Constancio, prólogo a Dorado Montero, *Naturaleza y función del derecho*, Madri, 1927; Berner, Albert Friedrich, *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre*, Berlim, 1843; do mesmo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857; Bettiol, Giuseppe, *Scriti Giuridici*, 1966-1980, Pádua, 1980; Binder, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1935; do mesmo, *Der deutsche Volkstaat*, 1934; Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t.I, Leipzig, 1872, 2ª ed. 1890; t. II, 1877, 2ª ed. 1914-1916; t.III, 1918; t. IV, 1919-1920; do mesmo, *Grundriss des deutschen Strafrechts*; também, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885; Birkmeyer, Karl, *Studien zu dem Hauptgrunsatz der modernen Richtung im Strafrecht, "nicht die Tat, sondern der Täter ins zu bestrafen"*, Leipzig, 1909; do mesmo, *Was Lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, Munique, 1907; Bloch, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt, 1961; do mesmo, *Karl Marx*, Bolonha, 1972; também, Bloch, Ernst, *Soggetto-Oggetto, Commento a Hegel*, Bolonha, 1975; *El pensamiento de Hegel*, Buenos Aires, 1945; Bobbio, Norberto, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madri, 1985; Bölsche, Wilhelm, *Ernst Haeckel, Ein Lebensbild*, Berlim e Leipzig, s.d. (c. 1900); Bonger, Willem Adriaan, *Criminality and Economic Conditions*, New York, 1916 (reimp. fot., New York, 1967); do mesmo, *Introducción a la Criminología*, *México*, 1943, trad. Antonio Peña; também, *Race and crime*, New York, 1943 (reed. New Jersey, 1969); Bourgeois, B., *El pensamiento político de Hegel*, Buenos Aires, 1972; Buarque de Holanda, Sérgio, *História Geral da Civilização Brasileira*, v. III, *O Brasil Republicano (1889-1930)*, São Paulo, 1985; Buber, Martin, *¿Qué es el hombre?*, México, 1964; do mesmo, Buber, Martin, *Caminos de utopía*, México, 1992; Buezas, Fernando Martín, *La teología de Sanz del Río y del krausismo español*, Madri, 1977; Buffon, *Ouvres coisies, précédée d'une notice sur sa vie et ses ouvrages par D. Saucié*, Tours, 1855; Bulnes, Francisco, *El provenir de las naciones latinoamericanas*, México, s.d.; Bunge, Carlos Octavio, *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, 1911; do mesmo, *Nuestra América. Ensayo de psicología social*, Buenos Aires, 1903; Capelletti, Angel J., *Bakunin y el Socialismo libertario*, México, 1986; Cario, Robert, *Femmes et criminelles*, Pau, 1992; Carnevale, Emmanuele, *Una terza Scuola di Diritto Penale*, Roma, 1891; do mesmo, *Diritto Criminale*, Roma, 1932; também, *Crítica penal. Estudio de filosofía jurídica*, Madri, s.d.; Carpena, Fructuoso, *Antropología criminal*, Madri, 1909; Carrara, Francesco, *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, em *Opuscoli di Diritto Criminale del Professore Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885, I, pp. 203 ss.; Chalhoub, Sidney, Cidade Febril, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras; Cole, G.D.H., *Historia del pensamiento socialista*, México, 1957; Conte,

Édouard – Essner, Cornelia, *Culti di sangue*, Roma, 2000; Corre, A., *Le crime en pays créoles*, Paris, 1889; Corrêa, Mariza, As Ilusões da Liberdade, S. Paulo, 1998, ed. Edusf; Croce, Benedetto, *Saggi sullo Hegel*, Bari, 1948; Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, Guatemala, 1954; Chamberlain, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, Munique, 1938; Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio, La sociobiología en cuestión*, Madri, 1985; Darmon, Pierre, *Médicos e assassinos na Belle Époque, A medicalização do crime*, Rio de Janeiro, 1991; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, Nápoles, 1960; De Ruggiero, Guido, *Hegel*, Bari, 1968; De Veyga, Francisco, *Degeneración y degenerados, Miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938; Deleuze, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, 1951; Della Porta, Giovan Battista, *Della fisonomia dell'uomo, con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988; Dellepiane, Antonio, *Las causas del delito*, Buenos Aires, 1892; Díaz, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Madri, 1989; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*, México, 1944; Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, Madri, 1916; do mesmo, *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905; também, *Problemas de Derecho Penal*, Madri, 1895; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona, s.d.; *Contribución al estudio de la historia primitiva (El derecho penal en Iberia)*, Madri, 1901; *Naturaleza y función del derecho*, Madri, 1927; Drago, Luis Maria, *Los hombres de presa*, Bs. As., 1888; Duguit, León, *El pragmatismo jurídico*, Madri, s.d. (c. 1924); Durkheim, Émile, *De la division du travail social*, Paris, 1893; do mesmo, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895; também, *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, 1897; Farré, Luis, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, Bs. As., 1958; Faure-Biguet, J.N., *Gobineau*, Paris, 1930; Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, 1969; Ferrero, Ernesto, *Storie nere di fine secolo. La mala Italia*, Milão, 1973; Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*, Gênova, 1896 (Turim, 1926); do mesmo, *La justicia humana*, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; também, *Scuola positiva e filosofia idealista*, em *Difese penali e studi di Giurisprudenza*, Turim, 1925, III; *Socialismo e criminalità*, Turim, 1883; *Socialismo e scienca positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, Roma, 1894; *Sociología Criminal*, trad. A. Soto y Hernández, Madri, s.d. (última edição póstuma, ao cuidado de Arturo Santoro, *Sociologia Criminale*, Turim, 1939); *Los nuevos horizones del derecho y del procedimiento penal*, trad. I. Pérez Oliva, Madri, 1887; Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milão, 1934; Francotte, Xavier, *L'Anthropologie criminelle*, Paris, 1891; Frégier, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures. Ouvrage récompensé en 1838 par l'Institut de France (Académie des Sciences Morales et Politiques)*, Bruxelas, 1840; Fromm, Erich, *Marx y su concepto del hombre*, estudo preliminar a Marx, Karl, *Manuscritos*

económico-filosóficos, México, 1973; Galton, Francis, *Hereditary Genius*, Londres, 1892; Garofalo, Rafaele, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turim, 1885; trad. Pedro Dorado Montero: *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Madri, s.d.; do mesmo, *Di un criterio positivo della penalità*, Nápoles, 1880; também, *La superstizione socialista*, Turim, 1895; Gentile, Giovanni, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Florença, 1944; do mesmo, *Opere complete*, Florença, 1930-1952; Geoffrey Saint-Hilaire, Isidore, *Histoire générale et particulière des anomalies de l'organization chez l'homme et les animaux*, Paris, 1832 (três tomos); Georgakis, Yannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*, Leipzig, 1940; Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica 1750-1900*, México, 1982; Giusso, Lorenzo, *Nietzsche*, Milão, 1942; Gobineau, Arthur de, *Essai sur l' inégalité des races humaines*, edición Pierre Belfond, Paris, 1967; do mesmo também *La Renaissance*, Paris, 1906; Gómez, Eusebio, *Criminología argentina. Reseña Bibliográfica*, Bs. As., 1912; do mesmo, *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, 1933; também, *Enrique Ferri, Aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*, Buenos Aires, 1947; *La mala vida en Buenos Aires*, Bs. As., 1908; Götz, Karl August, *Nietzsche als Ausnahme*, Freiburg, 1949; Gretener, Xaver, *Ursprung und Bedeutung der soziologischen Schule des Strafrechts*, em *Fest. f. Binding*, Leipzig, 1911, I, pp. 521 ss.; Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, trad. Isidoro De Benedetti, Buenos Aires, 1943; Guarnieri, Luigi, *L'Atlante Criminale. Vita scriteriata di Cesare Lombroso*, Milão, 2000; Guerrero, Julio, *La génesis del crimen en México*, Paris, 1901; Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madri, 1989; Haeckel, Ernst, *Die Welträtzel. Gemeinverständliche Studien über Monistische Philosophie*, Leipzig, 1909; do mesmo, *El origen de la vida*, trad. Aurelio Medicana, Barcelona, 1908; Halévy, Daniel, *La vida de Federico Nietzsche*, Buenos Aires, 1946; Hälscher, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematich dargest.*, Bonn, 1881, 1887; do mesmo, *Das preussische Strafrecht*, Bonn, 1855, 1868; também, *System des preussischen Strafrechtes*, t. I (1858), t. II (1868); Harris, Ruth, *Assassinato e loucura – Medicina, lei e sociedade no "fin du siècle"*, Rio de Janeiro, 1993; Hegel, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, prólogo e nota biográfica Juan Garzón Bates, México, 1985; do mesmo, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madri, 1980; Heidegger, Martin, *Kant y el problema de la metafísica*, México, 1973; Heinze, Kurt, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*, Berlim, 1939; Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie. Einführung in die psychoanalytische Kriminologie*, Stuttgart, 1973; Hippolite, Jean, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*, Bs. As., 1972; Hobsbawn, Eric J. (org.) História do Marxismo, trad. C. N. Coutinho *et alii*, Rio, 1983, ed. Paz e Terra, 12 vols.;

Impallomeni, Gian Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*, Turim, 1921; Ingenieros, José, *Criminología*, Madri, 1913; Jaeger, Werner, *Paideia, Los ideales de la cultura griega*, México, 1971; Jaspers, Karl, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1963; Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madri, 1922; Joly, Henri, *Le crime. Etude sociale*, Paris, 1888; Joussain, André, *Psychologie des masses*, Paris, 1937; Kant, Immanuel, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* (*Werkaufgabe*, herausg. Von Wilhelm Weischedel, Frankfurt, 1991, XII); Kaufmann, Walter, *Hegel*, Madri, 1972; Koerner, Andrei, O impossível panótico tropical-escravista, em Rev. IBCCrim 35, pp. 211 ss; Kokert, Josef, *Der Begriff der Typus bei Karl Larenz*, Berlim, 1995; Korn, Alejandro, *Obras*, La Plata, 1938-1940; Köstlin, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845; do mesmo, *System des Deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855; Kovalevsky, Paul, *La psychologie criminelle*, Paris, 1903; Krause, K. Ch. F., *Ideal de la humanidad para la vida*, trad. Julián Sanz del Rio, Madri, 1904; do mesmo, *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes*, Göttingen, 1828; também, *Das System des Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1874; *Vorlesungen über Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates* (manuscritos do autor editados por Richard Mucke), Leipzig, 1892; Lacassagne, A., em *Archives de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales*, Paris, I, 1886, pp. 167 ss.; Landau, Peter, *Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe. Karl Kristian Friedrich Krause und Karl David August Röder*, em *Fest. f. Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993; Laplaza, Francisco P., *Los estudios penales en Argentina*, em *Criminalia*, México, 1941; Larenz, Karl, *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, Berlim, 1935; Laurent, Émile, *La antropología criminal y las nuevas teorías del crimen*, Barcelona, 1905; Lavater, Johann Caspar, *La physiognomonie ou l'art de connaitre les hommes d'apres les traits de leur physionomie*, Gustave Havard, Paris, s.d.; Le Bon, Gustav, *Psicología del socialismo*, Madri, 1903; do mesmo, *La psicología política y la defensa social*, Madri, 1912; Lefevre, Henri, *Nietzsche*, México, 1972; Liszt, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, em *ZStW*, 1883, pp. 1 ss., reproduzido em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlim, 1905, pp. 126 ss.; trad. italiana com introdução de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milão, 1962; trad. Castelhana, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. Enrique Aimone Gibson, prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984; Lombroso Ferrero, Gina, *Vida de Lombroso*, trad. Nicolás Cilla, Buenos Aires, 1940; Lombroso, Cesare -Ferrero, Guglielmo, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Turim, 1915; Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*, Turim, 1894; do mesmo, *L'uomo delinquente in rapporto alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, quinta edizione, Turim, 1896;

também, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Turim, 1894; *El delito, sus causas y remedios*, Madri, 1902; *Palimsesti del carcere*, Turim, 1888; *Delitti vecchi e delitti nuovi*, Turim, 1902; Lombroso-Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, Paris, 1892; López Morillas, Juan, *El krausismo español. Perfil de una aventura intelectual*, México, 1956; do mesmo, *Krausismo: estética y literatura*, Barcelona, 1973; López, Vicente Fidel, *Les races aryennes du Perou, leur langue, leur religion, leur histoire*, Paris, 1871; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*, Bs. As., 1974; Löwy, Michael (org.), O Marxismo na América Latina, trad. C. Schilling *et alii*, S. Paulo, 1999, ed. P. Abramo; Lozano, Godofredo, *La Escuela Antropológica y Sociológica Criminal (ante la sana filosofía)*, La Plata, 1889; Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, trad. M. H. Prudhomme, Paris, 1892; Lukacs, Georg, *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983; Machado, Roberto, Nietzsche e a Verdade, Rio, 1999, ed.Grall; também, *et alii*, Danação da Norma, Rio, 1978, ed. Graal; Macintyre, Ben, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche. Alla ricerca di una patria dimenticata*, Milão, 1993; Magnasco, Osvaldo, *Justicia y utilidad*, Bs. As., 1884; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, Madri, 1972; Mari, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983; Martindale, Don, *La teoría sociológica, Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Martínez Bretones, Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México, 1989; Martínez Estrada, Ezequiel, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1947; Marx, Karl – Engels, Friedrich, *Acerca del colonialismo*, Moscou, 1981; Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*, México, 1973; Masaveu, Jaime, *Nueva dirección española en filosofía del derecho penal, Estudio y ficha bibliográfico-crítica del Prof. Saldaña*, Madri, 1942; Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936; Mazzola, Enrico, *Nel I Centenario della nascita di Enrico Pessina*, Nápoles, 1928; Melossi, Dario – Pavarini, Massimo, *Carcere e fabbrica, Alle origine del sistema penitenziario*, Bolonha, 1979; Menzel, Adolf, *Calicles*, trad. Mario de la Cueva, México, 1964; Moleschott, J., *Die Kreislauf des Lebens*; *La circolazione della vita*, Milão, 1869; *La circulación de la vida. Cartas sobre la filosofía en contestación a las cartas sobre la química de Liebig*, Madri, 1881; Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo*, México, 1969; do mesmo, *El humanismo de Marx*, México, 1973; Montes de Oca, M.A., *Represión*, Buenos Aires, 1888; Moraes, Evaristo de, Ensaios de Pathologia Social, Rio, 1924, ed. F. Bastos; do mesmo, Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil, Rio, 1923, ed. C. Oliveira; Morel, Bénédict August, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles el morales de l'espèce humanine*, Paris, 1857; também, *Traité des maladies mentales*, Paris, 1860; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1990; Mosse, Georg S., *La cultura nazi*, México, 1973; do mesmo, *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Bari, 1992; Moyano Gacitúa, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1899; do mesmo, *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*, Córdoba, 1905; Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati dell'Inferno dantesco*, Turim, 1898; do mesmo, *La fisonomia nell'arte e nella scienza*, Florença, 1952; Nicolai, Helmut, *Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge e. nationalsozialist. Rechtsphilosophie*, Munique, 1932; Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, em *Werke in vier Bänden*, ed. Karl Müller, Erlangen, I; do mesmo, *Zur Genealogie der Moral*, em *Werke in vier Bände*; Nina Rodrigues, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Salvador, 1894; Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977; Nordau, Max, *Degeneración*, trad N. Salmerón y Garcia, Madri, 1902; Obenauer, Karl Justus, *Friedrich Nietzche der ekstatische Nihilist. Eine Studie zur Krise des religösen Bewusstseins*, Jena, 1924; Ortí y Lara, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*, Madri, 1865; Paladines-Guerra, *Pensamiento positivista ecuatoriano*, Quito, 1980; Palmier, Jean-Michel, *Hegel*, México, 1971; Parmelee, Maurice, *Criminología*, Madri, 1925; Pavón, Cirilo, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Bs. As., 1913; Pessina, Enrico, *Elementi di Diritto Penale*, Nápoles, 1882; trad. Hilarión González del Castillo, Madri, 1913; do mesmo, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Florença, 1868; também, *Il naturalismo e le scienze giuridiche*, Nápoles, 1879; *La crisi del diritto penale nell'ultimo trentenio del secolo XIX*, Nápoles, 1906; *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*, Milão, 1906; Philippson, Coleman, *Three criminal laew reformers, Beccaria, Bentham Romilly*, Montclair, 1970; Pick, Daniel, *Volti della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milão, 1999; Piñero, Osvaldo, *Derecho Penal, Apuntes tomados en la Facultad de Derecho al profesor de la materia por C.A.A.*, Bs. As., 1906; Platón, *Gorgias o de la retórica*, em *Obras completas*, Buenos Aires, 1967, t. II, pp. 441 ss.; Poliakov, Léon, *Il mito ariano*, Roma, 1999; Prins, Adolphe, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, trad F. Castejón, Madri, 1912; do mesmo, *Science Pénale et Droit Positif*, Paris-Bruxelas, 1899; Radhakrishnan, Sarvepalli, *History of Philosophy Eastern and Western*, Londres, 1952; Raeders, Georges, *O inimigo cordial do Brasil, O Conde de Gobineau no Brasil*, Rio de Janeiro, 1988; Ramos Mejía, José Maria, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; Rénon, Louis, *Les maladies populaires, Maladies vénnériennes, alcoolisme, tuberculose*, Paris, 1907; Ricaurte Soler, *El positivismo argentino*, Bs. As, 1968; Richter, Raoul, *Friedrich Nieztche, Sein Leben und Sein Werk, Leipzig*, 1909; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*, Santa Fe, 1962; do mesmo, prólogo a Dorado Montero, Pedro, *Bases*

para un nuevo derecho penal, Buenos Aires, 1973; também, *El correccionalismo penal*, Córdoba, 1989; *Krausismo y Derecho*, Santa Fe, 1963; Rivarola, Rodolfo, *Escritos filosóficos*, Bs. As., 1945; Röder, K. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, trad. F. Giner, Madri, 1871; do mesmo, *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, trad. Vicente Romero y Girón, Madri, 1875; também, *Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten als Rechtsforderung. Eine Berufung an dem gesunden Sinn des deutsches Volkes*, Leipzig e Heidelberg, 1864; *Grundzüge des Naturrecht oder der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1846; Romañach, A. – Miranda Naón, C., *Apuntes de Derecho Penal*, Bs. As. 1901 (aulas de Norberto Piñero); Römer, Heinrich, *Nietzche*, Leipzig, 1921; Romero, Gladys, *El control social del "estado peligroso". Su influencia en hispanoamérica*, em *Algunas cuestiones de Derecho Penal*, Bs. As., 1986; Rosenberg, Alfred, *El mito del siglo 20. Una valoración de las luchas anímico-espirituales de las formas de nuestro tiempo*, Buenos Aires, 1976; Ross, Werner, *Friedrich Nietzsche. El águila angustiada. Una biografía*, Barcelona, 1994; Rossi, Pascual, *Los sugestionadores y la muchedumbre*, Barcelona, 1906; Ruíz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, Havana, 1948; Sabatini, Guglielmo, *Principii di Scienza del Diritto Penale*, Catanzaro, 1918-1924; Saldaña, Quintiliano, *Teoría pragmática del derecho penal*, Madri, 1923; do mesmo, *La défense social universelle*, Paris, 1925; também, *Modernas ideas penales*, Madri, 1922; *La nueva Criminología*, Madri, 1931; *El derecho penal socialista y el Congreso Penitenciario de Berlin*, Madri, s.d. (c.1935); Salessi, Jorge, *Médicos, maleantes y marias. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina (Buenos Aires:1871-1914)*, Rosário, 1995; Salvatore, Ricardo, *Criminología positivista, reforma de prisiones, y la cuestión social/obrera en Argentina*, Instituto *Gino Germani*, UBA, Bs. As., 1996; Santarelli, Enzo, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973; Sanz del Río, Julián, en Sanz del Río/Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, Madri, 1985; Sauer, E. Friedrich, *Filósofos alemanes*, México, 1973; Savitz, Leonard – Turner, Stanley H., Dickman, Toby, *The origin of scientific criminology. Franz Josef Gall as the first criminologist*, em Robert F. Meier, *Theory in criminology. Contemporary Views*, Londres, 1977, pp. 40 ss.; Sciacca, Michele Federico, *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1966; Schmidt, Eberhard, *Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, em *Fest.f. Julius von Gierke*, Berlim, 1950, pp. 201 ss.; Schwarcz, Lilia Moritz, O Espetáculo das Raças, S. Paulo, 1993, ed. Cia. das Letras; Serrau, René, *Hegel y el hegelianismo*, Bs. As., 1964; Sighele, Scipio, *I delitti della folla, studiati secondo la psicologia, il dititto e la giurisprudenza*, Turim, 1910 (1923); *La muchedumbre delincuente. Ensayo de psicología colectiva*, trad. Pedro Dorado, Madri, s.d.; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del derecho penal*

en la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 1943; Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, Bs. As., 1929; Spencer, Herbert, *La justicia*, trad. Adolfo Posada, Madri, s.d.; do mesmo, *Principes de Sociologie*, trad. M.E.Cazelles, Paris, 1883; Spirito, Ugo, *L'idealismo italiano e i suoi critici*, Florença, 1930; do mesmo, *La vita come ricerca*, Florença, 1948; também, *Il problematicismo*, Florença, 1948; *La filosofia del comunismo*, Florença, 1948; *Scienze e filosofia*, Florença, 1950; *La vita come arte*, Florença, 1948; *El pragmatismo en la filosofía contemporánea*, Buenos Aires, 1945; *Il nuovo diritto penale*, Veneza, 1929; *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turim, 1932; *Giovanni Gentile*, Florença, 1969; Stoddard, Lothrop, *The Revolt against Civilization. The menace of the underman*, Londres, 1928; Strassmann, Fritz – Carrara, Mario, *Manuale di medicina legale*, Turim, 1901; Taine, H., *Les origines de la France contemporaine*, Paris, 1878; Tarde, Gabriel, *Études de Psychologie Sociale*, Paris, 1898; do mesmo, *Les lois de l'imitation, Étude sociologique*, Paris, 1900; Terán, Oscar, *Positivismo y nación en la Argentina*, Bs. As., 1987; Testena, Folco, *Le conferenze di enrico Ferri nella Repubblica Argentina, raccolte e annotate da Folco Testena*, Buenos Aires, 1911; Thibon, Gustave, *Nietzsche*, Buenos Aires, 1951; Tiberghien, G, *Estudios sobre filosofía*, trad A. Garcia Moreno, Madri, 1875; Toffoletto, Ettore, *Haeckel*, Brescia, 1945; Ureña, Enrique M., *Krause, educador de la humanidad. Una biografía*, Madri, 1991; van Ginneken, Jaap, *Folla, Psicologia e politica*, Roma, 1991; van Heijnsbergen, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, Amsterdam, 1925; Velasco, Leopoldo, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*, Bs. As., 1944; Vetter, August, *Nietzsche*, Munique, 1926; Vezzetti, Hugo, *La locura en la Argentina*, Bs. As., 1985; Vida, Jerónimo, *Los criminalistas españoles en el extranjero*, em *La nueva ciencia jurídica*, Madri, 1892, p. 3; Villa, Renzo, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milão, 1985; Windelband, G., *Storia della filosofia moderna*, trad. Aldo Oberdorfer, Florença, 1925; Wundt, Wilhelm Max, *Sistema de la filosofía científica*, Madri, 1913; do mesmo, *Introducción a la filosofía*, Madri, 1911; Zalazar, Daniel A., *Libertad y creación en los ensayos de Alejandro Korn*, Bs. As., 1972; Zea, Leopoldo, *El positivismo en México: Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1993.

§21. O PRENÚNCIO DO DECLÍNIO

I. As circunstâncias que estreitaram o impulso pensante

1. Ao ser definitivamente superada, no século XIX, a grande disputa de classes, a burguesia, impondo-se, passou a dominar a forma de produção industrial com seu consequente saber funcional técnico-científico, e a estrutura de poder social se reorganizou, sob outro modelo de verticalização ilimitada, pois a nova classe hegemônica já não necessitava de limites com os quais obstar outras mais poderosas, para passar a exigir dispositivos de controle e disciplina em relação ao proletariado. O saber penal da etapa fundacional liberal havia alcançado um admirável nível de pensamento, mas sob o signo da contradição entre a necessidade discursiva de limitar e a de legitimar. Carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e a varrer qualquer limitação ao poder. Por isso, a *defesa social* foi também uma racionalização que, como não podia ser de outro modo, trazia consigo um forte impulso para romper qualquer barreira. Daí o fato de o primeiro liberalismo penal, mediante a defesa social, ter alimentado o futuro declínio do pensamento, que se completou quando a racionalização substituiu totalmente a razão. A decadência do pensar fomentou isso a partir da cúspide do poder social, que nessa nova etapa preferia um saber penal menos pensante, sem impor-lhe limites, a fim de facilitar-lhe um poder de controle que devia disciplinar o proletariado, dificultar e desarticular suas tentativas de coalizão e conseguir que produzisse por salários insignificantes. Em tais circunstâncias, era necessário e funcional um direito penal-policial vigilantista.

2. Isso facilitou a difusão de uma ideologia na qual o imaginado *estado de natureza pré-contratual* (entendido como *guerra*) logo se identificasse com a *selvageria* ou com a *barbárie* dos colonizados e assalariados. Estava assim preparada a transição, porque os próprios autores contratualistas, quando não sabiam onde localizar o estado de natureza, não duvidavam em remetê-lo à periferia do poder mundial. Dessa maneira, uns encontraram na América uma espécie de paraíso bucólico e outros uma guerra selvagem, mas de qualquer forma sempre um *estado de inferioridade*: na versão bucólica era o paraíso do *homem puro*, embora em estado natural, ou seja, sem capacidade de pecar, não *livre* e, por conseguinte, incapaz de moralidade; na versão selvagem, a guerra de todos contra todos revelava inferioridade no tocante a uma coexistência que

considerava a si mesma pacífica[1]. Uma atenta leitura de Hobbes e Locke revela os elementos que, no século XIX, permitiram a *generalização da ideia de inferioridade*, *primitivismo* e *selvageria* (em estado de *natureza* ou de *guerra*) dos homens dos países colonizados e dos assalariados ou das classes subalternas ou não incorporadas à produção industrial dos próprios países centrais, colonizadores ou neocolonizadores. Foi preciso um passo muito curto para concluir que o delinquente não era senão um ser *regressivo, atávico*, ou seja, *um selvagem que surge em meio a uma civilização superior e que tende a desorganizá-la*. Os acontecimentos políticos da Europa de 1848 deram a nota que faltava a essa transição: as massas desordenadas e primitivas, semelhantes aos selvagens colonizados[2]. A clara consequência dessa transição – germinalmente presente no próprio pensamento liberal fundacional – é algo que os pensadores europeus costumam passar por alto: a prisão para esses selvagens que emergiam nos países civilizados não tinha um fundamento muito diferente daquele legitimador do colonialismo e do neocolonialismo, cujo ponto culminante foi a arbitrária divisão da África. Em suma, *a colônia era uma gigantesca instituição total, de dimensões descomunais, cuja pequena réplica nos países centrais era a prisão*.

3. A cúspide da pirâmide social europeia, que inaugurava ao mesmo tempo um extraordinário domínio planetário (neocolonialista), privilegiou o saber que era útil ao poder, isto é, o empírico (muitas vezes convertido em pragmático e que, com frequência, esquecia o método empírico ou o generalizava de uma forma arbitrariamente anticientífica). Tal saber foi deixando de lado o pensamento que inclusive, de um modo expresso, ficou excluído de seus limites. Esse percurso vai desde o *pragmatismo* de Bentham até o *positivismo* de Spencer. Não obstante, não houve um corte linear, por serem curtas as etapas e, portanto, tendências foram superpostas. A dinâmica não se produzia através de séculos, mas de décadas. Na Europa continental, o pensamento começou a declinar no momento que os mesmos elementos legitimadores do poder social e planetário, fornecidos por Kant e outros pensadores, se reorganizaram para classificar os seres humanos em selvagens e civilizados, segundo um modelo em que estes últimos eram apenas os que alcançaram tal posição por via evolutiva e, necessariamente, no quadro do estado moderno, o único que a garantia por causa de sua suposta racionalidade. Uma vez admitida essa classificação, *o talião penal estaria reservado apenas aos civilizados, enquanto os selvagens ficavam fora do jogo, devendo ser controlados, tutelados ou colonizados*, mas não se podia reconhecer-lhes a *dignidade* que pressupõe a retribuição talional, porquanto só é possível retribuir o exercício de um arbítrio àquele cuja capacidade fosse

[1] Sobre essas visões da América, Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo*.
[2] Cf. Pick, Daniel, *Volti della degenerazione*.

reconhecida. *A expressão máxima deste racionalismo penal romântico*[3] *foi o pensamento de Hegel, que provocou uma série de reações de repúdio. Dentre as reações que repudiavam o pensamento penal hegeliano destacaram-se para o saber penal as seguintes*: **a)** *a abertamente irracionalista* (Nietzsche); **b)** *a que incide em um repúdio parcial pela via da dialética materialista* (Marx); **c)** *a que se desloca para o caminho romântico, mas à margem do estado* (Krause).

4. Entretanto, essa disputa era travada, ainda, dentro de um saber com considerável nível de pensamento, embora a classificação dos humanos já refletisse sua alarmante decadência. O poder social não se interessava pelo pensamento e, como era natural, maior espaço e impulso obtiveram as tendências do saber que reduziram ainda mais o nível de pensamento e desqualificaram a própria disputa. Por momentos, tem-se a impressão de que uma ação policial irrompeu no saber, expulsando ou proibindo o pensar. Este passou a ser uma contravenção punida com silêncio, estigmatização, ironia e ridículo. Ficou proibido todo saber que não exprimisse o supostamente técnico-científico e toda metodologia (acesso ao conhecimento) que não fosse pretensamente empírica (pelo menos quanto a enunciados metodológicos). No direito penal, o pensamento desceu a seu nível mais baixo quando o etnocentrismo – que, com Hegel, mantinha voos filosóficos – reduziu-se a puro biologismo racista, sob cuja proteção nasceram a *antropologia* e a *criminologia*, assim como o estudo de homens biologicamente inferiores (por serem colonizados ou delinquentes). Nesse direito, não sobrou nenhum espaço para o pensamento (*positivismo perigosista*). O direito penal se deteriorou a ponto de tornar-se um puro discurso funcional para as *agências policiais*: pode-se asseverar que deixou de ser saber penal para arvorar-se em discurso policial, elaborado como racionalização técnico-científica a serviço de suas práticas burocráticas. Em que pese a grande decadência do pensamento no direito penal dessa corrente, que chegou a ser predominante, em seu próprio cerne *houve impulsos tendenciais para um certo nível maior de pensamento: o positivismo dualista alemão* (von Liszt) *e o correcionalismo espanhol* (Dorado Montero).

5. A contradição irredutível da versão fundacional do direito penal liberal (legitimar uma defesa social e limitar o poder defensivo desta), posta em qualquer conjuntura propícia a uma queda abrupta do pensamento, sempre será dirimida no sentido da defesa social ilimitada ou inusitadamente ampla, com o que acabará legitimando de maneira irremediável um exercício do poder punitivo (verticalizador) também ilimitado. Não se concebe uma sociedade sem coerção direta, pois sempre há perigos reais para neutralizar. No entanto, a coerção direta socialmente positiva demanda controles que, por sua vez, neutralizem sua permanente tendência ao exercício ilimitado, evitando que se traduzam em arbitrariedade e corrupção. À medida que o direito penal deixa de pensar, vai se convertendo em uma análise e elaboração de regulamentos que legitimam, racionalizam e facilitam o poder ilimitado da coerção direta. Por isso, o saber penal que não pensa, não só degrada o jurista como também a própria função policial e, portanto, transforma o cultor desse saber em um *corruptor policial e político*. Foi a esse máximo de deterioração (decadência do pensamento) que chegou o positivismo perigosista.

[3] Nicola Abbagnano identifica esse romantismo no sentido amplo por seu *titanismo*, que é como ele chama seu "culto do infinito" (*Dicionário*, p. 760).

II. O etnocentrismo do idealismo romântico europeu

1. A burguesia industrial, assumindo o poder hegemônico nas sociedades centrais, lançou-se à expansão neocolonialista de seu poder por todo o planeta. O etnocentrismo foi consequência inevitável da necessidade de identificar a própria cultura como superior para legitimar o domínio mundial, do mesmo modo que para verticalizar o controle social dentro das próprias sociedades centrais (reprimindo a dissidência política e a coalizão dos segmentos subalternos). Tal etnocentrismo se assentou em uma nova localização de elementos discursivos e conceituais que estavam presentes nos próprios autores contratualistas, parcelando e reelaborando conceitos dos racionalistas contratualistas. Para isto, não só se propôs anular discursivamente os limites do poder punitivo – ou do poder, pura e simplesmente –, como também se chegou a isso como resultado de cancelar os limites das próprias possibilidades do ser humano: este, concebido como ente limitado pelo racionalismo liberal ou ilustrado[4], foi substituído por uma ideia que o lançava a uma corrida rumo ao infinito. *A tarefa da filosofia deixava de ser a busca dos limites humanos para passar a indagar os princípios infinitos*. Esta é a característica do *romantismo em sentido amplo* (por oposição a outra ideia limitada do romantismo, que o reduz àqueles que também procuram os princípios infinitos, mas detraem a razão como via para a procura)[5].

2. Conforme foi assinalado, a referência aos elementos discursivos e conceituais, de que o romantismo teria de valer-se, podia ser encontrada em Hobbes e no próprio Locke. É de sumo interesse lembrar, também, que do etnocentrismo nem Kant escapava, eis que para ele a saída do paraíso *significava a transição*

[4] Sobre tal concepção antropológica no último Kant discorre Buber, Martin, em *¿Qué es el hombre?*, pp. 12 ss; Heidegger também já o fizera, em *Kant y el problema de la metafísica*.

[5] Eis a tradicional conceituação do romantismo (cf. Abbagnano, Dicionário, p. 759).

da rusticidade, própria de uma criatura meramente animal, para a humanidade; a passagem da sujeição das andadeiras do instinto para a condução da razão. Em síntese: da tutela da natureza ao estado da liberdade. Ele considera tal passagem um progresso para a perfeição, como destino da espécie humana a ser invadido por uma contradição entre *natureza* e *cultura* – as quais exercem permanentes e recíprocas violências – até que o artificial (a arte) se torne natureza, que será *o fim derradeiro do destino moral do gênero humano.* Este, porém, não era um destino que ia se desenvolvendo em cada homem, mas na espécie humana. *No humano, as originárias disposições, referentes ao uso da razão, não se desenvolvem completamente no indivíduo, mas sim na espécie*[6].

3. O conceito kantiano de ser humano era limitado, ou seja, o de um ente que se questionava dentro de certos limites ou finitudes. Se a principal característica do romantismo, em sentido amplo, é precisamente seu oposto, ou melhor, ter como real o infinito e relegar o finito, pode-se afirmar que tal inversão se processou com Hegel (1770-1831)[7], para quem o infinito era a razão, porém já não a razão no aspecto mais ou menos passivo de acesso ao conhecimento, mas sim como princípio ativo e configurador, quer dizer, como força propulsora ou motora[8]. Sejam quais forem os méritos puramente filosóficos da contribuição de Hegel, o certo é que *no âmbito penal (o do controle social interno)* e *no antropológico (o do controle planetário) as teses hegelianas serviram ou foram manipuladas com considerável habilidade.*

4. Para Hegel, a *humanidade* progride, isto é, o *Geist* avança na história, impelido pela razão. A ideia do *espírito da humanidade* torna-se orgânica, quer dizer, toda a espécie é uma unidade cujo *Geist* caminha para a frente. Trata-se de um avançar dialético (conceito que provém da filosofia oriental e platônica), ou seja, a razão vai contrapondo a cada tese uma antítese, o que resulta em uma síntese (em que as duas se acham destruídas e conservadas ao mesmo tempo, em um misterioso *aufgehoben* intraduzível), o qual, por sua vez, será uma nova tese. O avanço triádico (dialético) do *Geist* da humanidade na história vai deixando à beira do caminho todas as civilizações que a industrial despreza: os árabes, por serem fanáticos, decadentes e sem limites; os judeus, porquanto sua religião os impede de alcançar a liberdade por submergi-los no *serviço rigoroso*; os latinos, por não terem sabido atingir o espírito de liberdade germânico etc. Outros nem sequer são colhidos pela história, como os negros que, segundo Hegel, mal superam os animais e carecem de moral; alguns asiáticos, por serem apenas um pouco mais avançados que os negros; e nós, latino-americanos, por carecermos ainda de história – só temos futuro[9]. A esse respeito, convém ter presente que a inferioridade americana era geográfica (continentes de origem mais recente), onde havia mais umidade (o que fazia crescer os animais pequenos, mas impedia o desenvolvimento dos grandes), que a tudo apodrecia e debilitava todos os animais vindos da Europa, inclusive o homem europeu. Era essa a visão dos enciclopedistas, que Hegel acolhia em grande parte[10]. O *Geist* avançava também por meio de três estágios: o subjetivo (tese), em que o ser humano alcança a liberdade pela consciência de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (antítese), em que, já livre, o ser humano se relaciona com seus semelhantes também livres; o estágio do espírito absoluto (síntese), em que o espírito da humanidade se eleva por sobre o mundo. O direito pertence à etapa do espírito objetivo (relações entre seres humanos livres), ao passo que à do espírito absoluto pertencem a religião, a arte etc. Como corolário deste pensamento o humano que não havia superado o estágio subjetivo não era candidato a atuar com relevância jurídica, por não ser livre, o que permitia classificar os seres humanos entre os que pertenciam à *comunidade jurídica ou espiritual* e os que dela não faziam parte e, consequentemente, urgia imprimir-lhes um tratamento diferenciado. Os que não eram *livres* (não compartilhavam os valores e normas da civilização industrial) podiam ser colonizados (para obter a liberdade), mas não cometer um delito, porque estavam impossibilitados de agir com relevância jurídica. Os indígenas, os negros, os loucos e os que, por não compartilharem os valores da comunidade espiritual ou jurídica, devido a seu comportamento reiterado, não eram livres (autoconscientes) nem tampouco podiam agir com relevância jurídica, achavam-se *sujeitos à tutela* e considerados *indignos de pena.*

5. O pensamento penal hegeliano, com tais elementos, pôde defender, sem grande esforço, que o contrato social não abrangia toda a espécie humana, mas só a parte em que o *espírito da humanidade* se achava mais *evoluído* por assemelhar-se bastante à cultura da classe hegemônica (etnocentrismo). Dentro dos próprios países europeus, aqueles que sinalizavam não pertencer à *Gemeinschaft*

---

[6] Kant, Immanuel, *Anthropologie*, pp. 315-324 (*Werkaufgabe*, pp. 672-690).

[7] A bibliografia sobre Hegel é incomensurável. Por todos, e a título meramente exemplificativo, podem ser mencionados: Bloch, Ernst, *Soggetto-Oggetto*, assim como *El pensamiento de Hegel*; Bourgeois, B., *El pensamiento político de Hegel*; Croce, Benedetto, *Saggi sul Hegel*; De Ruggiero, Guido, *Hegel 1968*; Dilthey, Wilhelm, *Hegel y el idealismo*; Hippolite, Jean, *La concepción de la antropología y el ateísmo en Hegel*; Kaufmann, Walter, *Hegel*; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*; Palmier, Jean-Michel, *Hegel*; Sauer, E., Friedrich, *Filósofos alemanes*; Serrau, René, *Hegel y el hegelianismo*.

[8] Cf. Abbagnano, Nicola, *Historia de la Filosofía*, III. p. 92; e também de sua autoria *Filosofía, religión y ciencia*, p. 15; Sciacca, Michele Federico, *Historia de la Filosofía*, p. 474.

[9] Hegel, G. W. Friedrich, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, especialmente pp. 169, 177, 215, 354 e 657.

[10] Buffon, *Oeuvres choisies*, especialmente, em *Différence entre le nouveau continent et l'ancien*, pp. 26 e 27. Cf. também Gerbi, Antonello, *op. cit.*, pp. 7 ss.

ou à *Rechtsgemeinschaft* (comunidade jurídica) não mereciam o tratamento da pena retributiva ou talional, isto é, não podiam ser apenados com justiça (dedução que Hegel parece não fazer de uma maneira direta, mas que provém nitidamente de seus princípios e permite abandonar a pena proporcional ao delito para os *reincidentes* e *contumazes*, os quais ficariam sujeitos a medidas de coerção direta diferida e indeterminada).

6. A eticidade se consolida em Hegel no estado racional, que é o único que subtrai do castigo seu componente de vingança. À medida que o delito é considerado sob o aspecto de *crimina privata* (*como o furto e o roubo entre os judeus e romanos, e agora entre os ingleses em determinados casos* – esclarece)[11], o castigo mantém sua condição de vingança, o que o torna uma simples injustiça somada à outra (o delito). Para ele, só em mãos do *estado racional* a pena perde sua irracionalidade e passa a ser ética, deixando de ser uma contradição. O *estado racional* de Hegel é o único que pode levar a pena à condição de cancelamento do injusto e consequente ratificação do direito. *O delito, como negação do direito, é cancelado com a pena, como negação do delito* (*a negação da negação é afirmação*)[12] *e, portanto, como afirmação do direito, somente no estado racional.* Hegel reafirmava, assim, o confisco da vítima como progresso da razão, distinguia o dano do delito do *injusto* do delito, a lesão criminosa da afetação do bem jurídico e ratificava a lesividade como signo *desse injusto*, mas não como sua essência. *O bem jurídico não se ressalta em Hegel, pois sendo o estado, praticamente, o garantidor da eticidade, ele permanecia como único titular dos bens jurídicos.* A essência do delito era para Hegel uma lesão à eticidade, alcançada no estado e não nas ações que consistem em *vontade subjetiva*. Sua noção de estado não é a de uma vontade comum, mas universal, que o coloca bem acima da pessoa, como intérprete único do espírito do mundo. Por isso, não impugna a pena de morte, como fizera Beccaria, pois o estado podia impor sacrifícios existenciais[13].

7. Na realidade, o *estado racional* de Hegel é uma utopia. Não se trata de um estado realizado e concreto. Ele foi, na verdade, o primeiro filósofo que enfrentou o problema da modernidade em toda sua magnitude[14] e, portanto, o da racionalidade na coexistência, mas seu modo de conceber a razão (como motor ou força) e seu romantismo (a busca de infinitude) levaram-no a fragmentar o avanço da razão no estado. Hegel racionalizou, como ninguém antes, a empresa planetária da civilização industrial, e o mais curioso – embora

[11] Hegel, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, pp. 112-113.
[12] A respeito da pena em Hegel, Betegón, Jerónimo, *La justificación del castigo*, pp. 60 ss.
[13] Cf. Bobbio, Norberto. *Estudios de Historia de la Filosofía*, p. 218.
[14] Cf. Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad*, pp. 37 ss.

não aleatório – é que em seu cerne aparece o poder punitivo. Tal poder é chave para essa civilização técnico-científica, que exige ter o estado em suas mãos, que ratifica o confisco da vítima, que deve erradicar dessa maneira a vingança, mas que de modo algum pode admitir ser ela exercida pelo estado incontroladamente, motivo pelo qual a única via de escape que encontra é um estado racional que, com efeito, não é uma *saída*, mas sim um *fecho* utópico e não-explicado do caminho da *razão*. Hegel é suscetível a muitas interpretações, mas, nesse aspecto, não se afasta muito da contradição básica do direito penal liberal em sua versão fundacional: debate-se entre legitimar e pôr limites. Legitima por um lado, enquanto o limite alça voo rumo à utopia. Daí, a partir de seus escritos – frequentemente não muito claros – abrirem-se dois caminhos, e que ambos tenham sido percorridos: a) uns circularam pela trilha da legitimação e postergaram a referência ao estado racional, confundindo-o com o estado real (é o *hegelianismo autoritário e reacionário*); b) outros enfatizaram a necessidade de modificar o estado, conduzindo-o em direção ao estado racional (trata-se do *hegelianismo liberal e do hegelianismo de esquerda*)[15].

8. Seria absurdo dizer que o pensamento decai com Hegel, mas talvez não fosse tão absurdo afirmar que ele chega a um de seus pontos mais altos e o deixa à beira de um abismo. Por um lado, permitiu racionalizar o estado com a burguesia consolidada no poder hegemônico, como oligarquia deixando fora do contrato as *classes perigosas* (não-autoconscientes) e os colonizados periféricos (os negros próximos aos animais e nós, latino-americanos, que não temos história, mas futuro). A minoria autoconsciente era a única que permanecia no contrato. Sua tradução penal tem o nome de *sistema vicariante* de penas e *medidas de segurança*: os autoconscientes são apenados dentro dos limites da retribuição racional, e os não-autoconscientes (não-livres) são neutralizados pelas medidas; nos casos duvidosos, o juiz escolhe se se trata de um livre ou de um não-livre e, em última instância, faz a pena ser substituída (vicária) pela medida. Por outro lado, os hegelianos liberais ou de esquerda afirmam que isso é uma deformação do pensamento de Hegel, quem, na realidade, inaugura a grande disputa em torno da construção do estado racional ético, o que implica uma transformação política revolucionária.

9. Tal circunstância explica que o hegelianismo penal tenha acolhido pensadores liberais, como os penalistas hegelianos alemães do século XIX, entre eles Köstlin (1813-1856), Abegg (1796-1868), Hälscher (1817-1889) e Berner

[15] Os diversos caminhos do hegelianismo em Marcuse, Herbert, Razão e Revolução, Rio, 1969, ed. Saga.

(1818-1907)[16], e o italiano Pessina (1828-1916)[17]. Porém, não se pode ignorar tampouco que os que se deslocaram para o lado da legitimação chegaram a valer-se de suas teses para produzir penalismo nazista, como o fizeram Larenz[18] (discípulo do jusfilosófo Binder)[19] e Hellmuth Mayer[20], ou que do idealismo liberal de Pessina se passasse com algumas incoerências para a escola penal neo-idealista ou do idealismo atual, com Ugo Spirito[21] (apesar de seu avalista filosófico, não totalmente estranho a seu pensamento, ter sido Giovanni Gentile[22]). Novas combinações contemporâneas fazem-no ressurgir como legitimação inserida no funcionalismo sistêmico. Hegel tensionou a contradição da versão fundacional do penalismo liberal até fazê-la colidir, e a partir dele cada um pôde recolher o pedaço que quis – o que não foi sua culpa, é claro –, mas sua tarefa, indiscutivelmente, converteu-o em referência das tendências mais díspares.

[16] Köstlin, Christian Reinhold, em *Neue Revision* e em *System*; Abbeg, Jullius Friedrich Heinrich, em *Lehrbuch*, em *Der verschiedene Strafrechtstheorien* e em *Untersuchungen*; Hälscher, Hugo, em *Das gemeine deutsche Strafrecht*, em *Das preussische Strafrecht* e em *System des preussischen Strafrechtes*; Berner, Albert Friedrich, em *Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre* e em *Lehrbuch* (há quize edições posteriores, até 1898).

[17] Pessina, Enrico, *Elementi*. Ainda da autoria de Pessina há outras obras como *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*; *Il naturalismo e le scieneze giuridiche*; *La crisi del diritto penale nell'ultimo trentenio del secolo XIX*; *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*. Sobre este autor discorreu Mazzola, Enrico, *Nel I Centenario*; Spirito, Ugo, *Storia*, pp. 155 ss.

[18] A respeito desse autor, cf. Kokert, Josef, *Der Begriff der Typus bei Karl Larenz*. A tese de Larenz (1903-1993), de 1926, foi *Hegelszurechnungslehre* e sua habilitação, em 1929, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* (1930). Seu neo-hegelianismo é nazista e sua influência, discutível. O trabalho que realizou nesse período intitulou-se *Gegenstand und Methode des völkischen Denkens*, 1938. Sua tese central era que toda relação jurídica estava submetida à ordem da comunidade e que cada vínculo devia ser compatível com o interesse desta (assim o defendeu em *Rechtsperson und subjektives Recht, Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, pp. 31-40).

[19] Binder, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. Também de sua autoria, *Der deutsche Volkstaat*.

[20] Mayer, Hellmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*.

[21] De Spirito, Ugo, *L'idealismo italiano e i suoi critici*; *La vita come ricerca; Il problematicismo; La filosofia del comunismo; Scienze e Filosofia; La vita come arte*; *El pragmatismo en la filosofía contemporánea*; *Il nuovo diritto penale*.

[22] Gentile, Giovanni, *Teoria generale dello spirito come atto puro*. Sobre Gentile escreveram Spirito, Ugo, *Giovanni Gentile*; Santarelli, Enzo, *Storia del Fascismo*, Roma, 1973, III, pp. 251 ss.

III. As respostas ao hegelianismo

1. Entre as respostas ou reações desencadeadas pelo hegelianismo, talvez aquela filosoficamente mais importante seja a de Friedrich Nietzsche (1844-1900)[23], que suscitou as mais desencontradas interpretações. Seu caráter de demolidor de ruínas filosóficas é incontestável, mas a obscuridade de muitas de suas expressões e a aberração de outras tantas deram lugar a leituras arbitrárias, sem contar com as tergiversações intencionais, em grande parte de sua própria irmã e curadora[24]. Nietzsche jogou por terra tudo quanto pôde, mas demolir não é tarefa harmônica, embora seja sistemática, porquanto a magnitude das ruínas e respectivas paragens é que marca seu ritmo e sua intensidade. Não há um *penalismo nietzscheano*, porque seria impossível que existisse. Entretanto, é importante saber como Nietzsche retomou um tema central de Hegel e tratou de arrasá-lo em sua obra de maior relevância (*Also sprach Zarathustra*): a temática da vingança. Hegel havia escrito que *a vingança, por ser a ação positiva de uma vontade particular, torna-se uma violação que se incorpora ao progresso infinito como contradição ilimitada, como herança que vai passando de geração em geração*[25]. Hegel pretendera livrar-se da vingança na eticidade de seu estado racional, mas justamente neste estado a razão hegeliana é interrompida, parece deter-se em seu caminho para o infinito, em seu progresso linear, que foi pensamento comum a toda a Ilustração e pertinente a um tempo em *avanço*, segundo uma ideia linear de tempo, de onde surge a prisão como pena. Nietzsche retomou o tema ridicularizando o estado racional de Hegel, embora, ao fazê-lo, tenha incorrido nas mais aberrantes afirmações. Sua liberdade de pensamento nessa matéria desconhecia qualquer limite, pois não havia baliza convencional que o contivesse. Impelido por sua genialidade ou por sua doença, o certo foi que levou adiante a tarefa demolidora, pouco importando sua motivação. Para ele, o que escraviza o homem é a vingança, e onde Hegel via a saída, Nietzsche só enxergava uma *aliança de vingadores*, que tratava de controlar e destruir o que pretendesse superar a vingança, ou seja, seu *Übermensch* (super-homem). Contudo, anteriormente, Nietzsche já se pergunta-

[23] Sobre Nietzsche publicou-se um número enorme de obras. Por todas elas podem ser mencionados: Römer, Heinrich, *Nietzsche*; Obenauer, Karl Justus, *Friedrich Nietzsche, der ekstatische Nihilist*; Richter, Raoul, *Friedrich Nietzsche, sein Leben und sein Werk*; Giusso, Lorenzo, *Nietzsche*; Götz, Karl August, *Nietzsche als Ausnahme*; Halévy, Daniel, *La vida de Federico Nietzsche*; Martínez Estrada, Ezequiel, *Nietzsche*; Thibon, Gustave, *Nietzsche*; Vetter, August, *Nietzsche*; Deleuze, Giles, *Nietzsche y la filosofía*; Lefebvre, Henri, *Nietzsche*; Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*; Jaspers, Karl, *Nietzsche*; Ross, Werner, *Friedrich Nietzsche*; Abraham, Tomás, *El último oficio de Nietzsche; Safranski, Rüdiger, Nietzsche – Biografia de su Pensamiento*, Barcelona, 2001; Machado, Roberto, Nietzsche e a Verdade, Rio, 1999, ed.Grall.

[24] Cf. Macintyre, Ben, *Sulle tracce di Elisabeth Nietzsche*.

[25] Hegel, *Filosofía del Derecho*, p. 112.

va qual era o objeto da vingança, a quem ela se dirigia, e concluía ser a mesma *contra o tempo e seu foi* que, em uma concepção linear, se torna irremediável. *A vingança era contra o que foi e já não pode ser de outro modo.* Seguir-se-ia daí que se o homem tem de passar de sua condição humana para o estado de super-homem (*Übermensch*), devia livrar-se da vingança e, para isso, devia liberar-se antes da ideia linear de tempo. Apesar de Nietzsche não dizê-lo, é sugestivo que quando *o deserto avança* (ou seja, quando decai o pensamento) a pena se converte em uma medida temporal-linear como se – seguindo seu raciocínio – se depurasse e desnudasse enquanto vingança, tirando do ser humano seu tempo e seu *foi*[26].

2. Tanto na opinião de Nietzsche quanto na de Hegel, o progresso ou superação se daria na eliminação da vingança, mas o que Hegel justamente sacraliza como sua eliminação (o estado racional), Nietzsche despreza como garantia de perpetuação da vingança. Só seu *super-homem*, rompendo com toda essa pretensa racionalidade da coalizão dos vingadores[27], seria capaz de superá-la. Em suma, a superação dava em uma diferente concepção do tempo, não linear mas circular, retomando a ideia estoica do eterno retorno. É evidente que, pelo menos nessa essência do pensamento de Nietzsche, não podia haver nenhuma legitimação da pena, razão pela qual não é de estranhar que não tenha havido penalismo nietzscheano. O discurso legitimador do poder punitivo jamais pôde sentir-se mais órfão de proteção do que no pensamento de Nietzsche. Cabe assinalar que tal pensamento também rompeu contradições de uma tensão insustentável e, por conseguinte, a partir dele, pode-se muito bem empreender o caminho de um *Übermensch* como imagem de superação da vingança (nem sempre muito clara no próprio Nietzsche), ou apenas a de sua ridicularização do estado racional. Este segundo caminho foi politicamente entendido como direcionado para a *pleonexia de Calicles*[28] (a consagração do direito do mais forte), o que converteria seu *Übermensch* em uma *alegre besta loura* irresponsável. Nietzsche deu pábulo a essa dualidade[29], mas não parece ser a essência de seu pensamento. *Sem dúvida alguma, o que cabe resgatar é a conexão entre tempo e vingança, bastante sugestiva para o pensamento penal.*

[26] Cf. Nietzsche, Friedrich, *Also sprach Zarathustra*, II, *Von der Erlösung*, em *Werke*, v. I.

[27] Especialmente em *Zur Genealogie der Moral*, em *Werke*, v. IV, pp. 281 ss.

[28] Cf. Platão, *Gorgias o de la retórica*, em Obras completas, t. II, pp. 441 ss; Menzel, Adolf, *Calicles*, trad. Mario de la Cueva; Jaeger, Werner, *Paideia*, pp. 296 ss.

[29] A reivindicação nacional-socialista de Nietzsche pode ser vista na síntese de Alfred Bäumler, transcrita por Mosse, Georg S., *La cultura nazi*, pp. 122 ss; uma leitura penal próxima a Kiel: Heinze, Kurt, *Verbrechen und Strafe bei Friedrich Nietzsche*.

3. Outra resposta ao hegelianismo, talvez a mais importante para o saber penal, tenha sido a que se chamou de *racionalismo harmônico*, ou seja, o pensamento filosófico de Karl Christian Friedrich Krause (1781-1831/2)[30], cuja corrente é comumente denominada *krausismo*. Krause foi tão romântico quanto seu contemporâneo Hegel, apesar de seu êxito pessoal ter sido menor, a ponto de ser hoje quase ignorado na Alemanha[31]. Entretanto, devido a circunstâncias históricas particulares, seu pensamento foi divulgado na Espanha[32], predominou entre os políticos da Primeira República espanhola e chegou à América Latina, onde teve seguidores no fim do século XIX e começo do XX.

4. Desde a filosofia oriental, há no idealismo uma filosofia *cósmica* e outra *acósmica*: para a primeira, tudo é no cosmo; para a segunda, o cosmo *não é*[33] (é uma ilusão) e o absoluto se encontra fora do cosmo e *é*. Krause segue o caminho idealista da filosofia cósmica e afirma que *tudo é no absoluto e tende para o absoluto* (é *panenteísta*: tudo em Deus, por opção ao *panteísmo*, tudo é Deus). Parte de uma intuição originária: a *humanidade* abarca a *natureza* e o *espírito*, que são três infinitos relativos, por oposição ao infinito absoluto, àquilo que a tudo tende e no que tudo é. O que mais se difundiu dessa filosofia foi sua ética, como uma ética de felicidade que se consegue pondo-se de acordo com a tendência universal ao absoluto. Toda a vida é concebida como um constante movimento para o absoluto num amor entre os humanos que assume a forma de uma grande confraria. Para Krause, tal tendência universal (cósmica) abarcava não apenas os humanos, mas todos os entes: o direito seria o favorecimento dessa tendência. Eis a base do jusnaturalismo idealista de Krause.

5. A ideia krausista de estado se aproximava de uma corporação fraternal que tendia a desaparecer, à medida que os homens fossem internalizando sua

[30] Krause, K. Ch. F., *Ideal de la humanidad para la vida*, trad. Julián Sanz del Río, Madri, 1904; *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes*; *Das System das Rechtsphilosophie*; *Vorlesungen über Naturrecht*, Leipzig, 1892; de seu discípulo Tiberghien, G., *Estudios sobre filosofía*; a obra crítica de Ortí y Lara, *Lecciones sobre la filosofía de Krause*; bibliografia sobre este autor em Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, I, pp. 1065 ss; em relação ao direito, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Krausismo y Derecho*; sobre krausismo, López Morillas, Juan, *Krausismo: estética y literatura*; uma completíssima biografia é a de Ureña, Enrique M., *Krause, educador de la humanidad.*

[31] Veja-se a forma despectiva como o trata Windelband, G., *Storia della filosofia moderna*, III, p. 126; nos últimos anos tem despertado certa atenção. Quanto às consequências penais de seu pensamento, cf. Landau, Peter, em *Fest. f. Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, p. 473 ss.

[32] Cf. López Morillas, Juan, *El krausismo español*; Buezas, Fernando Martín, *La teología de Sanz del Río y del krausismo español*; Azcárate, Pablo de., *Sanz del Río*; Díaz, Elías, *La filosofía social del krausismo español.*

[33] Cf. Radhakrischnan, Sarvepalli, *History of Philosophy*, I, p. 62.

tendência ao absoluto e progredindo moralmente por essa via. O krausismo fundamentava assim uma espécie de liberalismo ético e libertário, cuja concepção cósmica impunha um respeito considerável pela natureza. A noção de tempo, em uma concepção cuja ética se assemelhava ao estoicismo, não era tampouco linear, mas seria como uma sorte de movimento de expansão e contração. O krausismo tinha componentes que urgiria aprofundar; no entanto, o que convém destacar é sua disposição dialogal cósmica, a ponto de enraizar-se no pensamento mais atual em termos de direitos subumanos[34]. Como todo o movimento idealista do pensamento em que se inseria, o racionalismo harmônico de Krause também procurava livrar-se da vingança. Tentava fazê-lo mediante uma fraternal atitude universal que, em lugar de vingança, propugnava um melhoramento (*Besserung*) moral. A aplicação dessa filosofia ao saber penal resultou na *concepção da pena como melhoramento moral*. Sua versão, na filosofia jurídica, esteve a cargo de Ahrens[35], e no direito penal, de Karl David August Röder (1806-1879)[36], que foi a cabeça mais visível da chamada *teoria da correcionalidade ou do melhoramento* (*Besserungstheorie*)[37].

6. A tradução penal do racionalismo harmônico correu o risco de introduzir uma perigosa confusão entre moral e direito, justamente porque também incidiu no grave esquecimento do estado real e concreto. Krause concebia um estado em vias de contração e final desaparecimento, o que, por certo, contrastava frontalmente com o estado verticalizado que exigia poder de seu tempo. Não causa surpresa que o krausismo haja tido tão pouca ressonância no estado prussiano, e que enquanto seu contemporâneo Hegel ganhava algum espaço oficial, Krause não tinha nenhum. Foram muitas as críticas ao krausismo e particularmente à *Besserungstheorie* de Röder. Na realidade, o confronto entre Carrara e Röder[38] tem plena justificação, pois a mera transferência do krausismo

[34] Sobre isso, Rivacoba, *Krausismo y Derecho*, p. 67; a ideia também por outra via em Spencer, Herbert, *La justicia*, pp. 12 ss.

[35] De Ahrens, *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie*; *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*: em castelhano, *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho* (sem indicação de tradutor); *Curso de derecho natural o de filosofía de derecho completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas*, tradP. Rodríguez Hortelano e M. Ricardo de Asensi; em francês, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*.

[36] Desse autor, em castelhano, Röder, K. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*; *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*; em alemão, *Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten als Rechtsforderung*; *Grundzüge des Naturrecht oder der Rechtsphilosophie*.

[37] Sobre isso escreveram Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El correccionalismo penal*; Morillas Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, pp. 85 ss. Em Portugal, Levy Maria Jordão projetou um código de corte correcionalista em 1864 (cf. Eduardo Correia, I, p. 109).

[38] Carrara, Francesco, *Programma*, I, p. 495. Cf. também *Emmenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, em *Opuscoli*, I, pp. 203 ss.

para o plano penal de um estado como o prussiano (ou qualquer um dos europeus de seu tempo) era de uma temerária ingenuidade. Röder pretendeu legitimar um poder punitivo, o que se tornava impossível com essa proposta no quadro de um estado verticalista e cujo poder de vigilância ia se fortalecendo. Lendo Krause atentamente, percebe-se que ele promove uma profunda revolução subjetiva, que não se pode adequar a um quadro de poder diferente nem sequer legitimá-lo. Em suma, Krause deslegitimava o poder punitivo e tratava de substituí-lo por um poder ético, em vias de extinção devido à progressiva internalização de sua ética fraternal. Seu emprego em forma legitimadora, como fez Röder, foi útil enquanto eliminava a pena de morte e favorecia institutos como a liberdade condicional, mas seu desenvolvimento completo poderia ser nefasto para as garantias no quadro do poder de um estado cujas classes hegemônicas tendiam a suprimir todos os limites do poder punitivo.

7. O pensamento de Krause é rico e sugestivo, mas o estado krausista não é real, como não o foi tampouco o estado racional hegeliano. Vemos, com frequência, tal problemática ser reiterada: há propostas do pensar penal que são, afinal, as de modelos de sociedade, cujo contexto não é possível suprimir, sob pena de incorrer em resultados diametralmente opostos. Eis o perigo da *Besserungstheorie*, embora o pensamento de sua fonte filosófica seja rico e generoso e tenha muitos aspectos que readquirem atualidade. Não é tão simples criticar alguns aspectos profundos do krausismo, apesar de ser mais fácil fazê-lo com a aplicação que do mesmo fez Röder ao saber penal. Quanto ao sentido da história krausista, não se distanciava muito do etnocentrismo hegeliano. Pelo menos em sua tardia versão espanhola, afirmava-se que a família havia *involuído* nos *estados-nações* europeus e que estes praticariam uma nova *involução* em um *estado-Europa, e quando a humanidade tivesse cumprido na Europa essa grande involução iria estendê-la a todo o planeta*[39]. Nesse sentido, o racionalismo harmônico não percebeu suas raízes não-europeias.

8. No século XIX, as condições de trabalho e de sobrevivência das massas humanas concentradas nas cidades europeias eram terríveis. Dickens nos faz descrições desse genocídio. Vários foram os autores que ensaiaram projetos socialistas[40]. À medida que o século avançava, tornava-se menos sustentável apresentar essa situação como avanço do *Geist* da humanidade. Outra reação ao hegelianismo, politicamente a mais importante, deve-se a Karl Marx (1818-1883)[41], quem pro-

[39] Sanz del Río, Julián, em Sanz del Río/Krause, *Ideal de la humanidad para la vida*, p. 58.

[40] Cf. Buber, Martin, *Caminos de utopía*; Cole, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista*.

[41] Em especial, Marx, Karl, *Manuscritos económico-filosóficos*. Sobre sua antropologia discorreram Fromm, Erich, em *Marx y su concepto del hombre*; Mondolfo, Rodolfo, *Marx y marxismo*, assim como *El humanismo de Marx*; Bloch, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*.

piciou um pensamento que enfrentasse essa situação, permitindo-lhe converter-se em bandeira de luta dos marginalizados da época. Existia, praticamente, um vazio ideológico que não podia ser mantido por muito tempo e que o marxismo e o anarquismo lutavam para preencher. Marx tomou de Hegel o tempo linear, a dialética e o progresso, a alienação e a *idolatria;* só que, para Marx, o motor da história não era a particular concepção da razão de Hegel, mas sim a luta de classes. O pensamento marxista sustentava que o homem nasce condicionado às relações de produção, mas que pode atuar sobre elas e modificá-las.

9. A alienação hegeliana tinha lugar quando o homem deixava de ser para si mesmo e passava a ser *para as coisas*, ao passo que a de Marx foi concebida a partir das relações de produção da economia capitalista. A dialética marxista propiciava uma visão da história cujo motor – a luta de classes – ia acionando um avanço triádico (da *escravidão* à *servidão* e desta ao *capitalismo*). A mesma dialética de luta de classes iria do capitalismo ao *comunismo*, onde Marx se encontra tal como Hegel, porque a história se esgota. Assim como Hegel acabava na utopia do estado racional, ou Nietzsche no *Übermensch*, Marx desembocava no comunismo: a partir desse momento, considerava que o ser humano estaria livre da alienação e começaria a história, em uma sociedade sem classes, porque, efetivamente, o até agora vivido seria a seu ver uma pré-história.

10. Para Marx, o direito é uma superestrutura ideológica de domínio da classe opressora. Em sua opinião, *ideologia* tinha o sentido negativo de uma manipulação discursiva que esconde a realidade[42]. Marx duvidou do poder do discurso. Sua preocupação prioritariamente deslegitimadora não lhe permitiu ver com clareza sua importância para o poder, ou melhor, não o considerou em seu momento histórico de grande significação. O estado seria apenas uma estrutura necessária na luta de classes, mas tanto ele quanto o direito iriam desaparecer à medida que a luta de classes fosse terminando, até serem desnecessários numa sociedade sem classes. Para chegar ao comunismo, ele considerava que se devia passar por uma ditadura do proletariado, geradora das condições de transição, isto é, que a luta de classes deveria acabar com a tomada do poder pela classe operária, encarregada de configurar uma sociedade sem classes. O componente romântico da ditadura como passagem prévia para o comunismo – que foi seu desencontro mais notório com Bakunin[43] – torna-se perigoso, pois é facilmente manipulável. Seu pensamento não se afasta do etnocentrismo hegeliano, a ponto de considerar o colonialismo um fenômeno positivo que incorpora à história os países colonizados[44].

[42] Cf. Bekerman, Gérard, *Vocabulaire du marxisme – Wörterbuch des Marxismus*, pp. 85 e 253.

[43] Cf. Capelletti, Ángel J., *Bakunin y el socialismo libertario*.

[44] Marx, Karl e Engels, Friedrich, *Acerca del colonialismo*.

11. A rigor, o pensamento marxista tem um importante conteúdo antropológico; sua *alienação*[45] aprimora o conceito hegeliano e o faz mais real; a importância das relações de produção se tornam evidentes, mas sem alterar o etnocentrismo hegeliano (a base ideológica do domínio neocolonialista), o que gera o risco de uma manipulação autoritária e interrompe, tão abruptamente como Hegel, o caminho de saída da vingança: delito e pena são o produto de relações de mudança, que desaparecerão no comunismo, quando imperarem as relações de solidariedade. Ao colocar a luta de classes como motor da história, elimina a ideia de *Geist* e razão hegelianas, além de introduzir – ou reintroduzir – uma sociologia *conflitual* que separará bem nitidamente seu pensamento das correntes funcionalistas. A autoconsciência hegeliana passou a ser em Marx a consciência de classe, o que lhe permitiu introduzir uma distinção entre o proletariado consciente e o proletariado esfarrapado (*Lumpenproletrariat*)[46], incapaz de ação revolucionária precisamente pela falta de autoconsciência, integrado por grupos marginalizados pela sociabilidade industrial imposta às cidades europeias, e facilmente cooptáveis pela burguesia.

12. A partir de Marx nasce o *marxismo*, um conjunto de teorias que são – ou pretendem ser – a continuação de seu pensamento ou de seu método. Há numerosíssimas correntes marxistas[47]; muito embora nos seja impossível explanar aqui seu enunciado e sua classificação, pelo menos, para a respectiva análise, sempre se deve levar em conta a polarização primária entre **a)** as que são tributárias *do romantismo marxista*, ou seja, o chamado marxismo ideológico e que, por via de regra, serviram para que no marxismo institucionalizado se fortalecesse o estado totalitário, e **b)** as que insistem no aspecto metodológico ou de *análise marxista*, cuja virtude é sublinhar a necessidade de considerar qualquer fenômeno social segundo sua dimensão econômica inscrita em certo sistema de produção, o que expõe conflitos que, de outro modo, não seriam percebidos com clareza. Hoje, não se pode negar com seriedade a importância de tais conflitos no fenômeno criminal[48] e no controle social, nem tampouco o papel que desempenham na ideologia penal. O risco da *análise marxista* é incidir

[45] Cf. Bekerman, Gérard, *Vocabulaire*, pp. 27 e 231.

[46] Idem, pp. 95 e 282.

[47] Veja-se Hobsbawn, Eric J. (org.) História do Marxismo, trad. C. N. Coutinho *et alii*, Rio, 1983, ed. Paz e Terra, 12 vols.; Löwy, Michael (org.), O Marxismo na América Latina, trad. C. Schilling *et alii*, S. Paulo, 1999, ed. P. Abramo; Aarão Reis Filho, D. *et alii*, História do Marxismo no Brasil, Rio, 1991, ed. Paz e Terra.

[48] Não se pode esquecer o mérito dos trabalhos pioneiros do criminólogo holandês Bonger, Willem Adriaan (1876-1940), *Criminality and economic conditions* – em castelhano, *Introducción a la criminología* –, além de sua obra póstuma: *Race and crime*. A influência marxista é também clara na obra fundamental de Rushe e Kirchheimer, Punição e Estrutura Social.

num simplismo determinista que pode desembocar em um reducionismo economicista.

13. Hegel e seus críticos, por diversas, incompatíveis e insuspeitadas vias, descobriram *a centralidade do tema do tempo, da vingança e a necessidade de sua superação*. Todo esse complexo continua até hoje ocupando uma posição central. Segundo Hegel, a vingança se superava com a utopia do estado racional que a eliminaria, fortalecendo o confisco da vítima como indispensável para esta. Nietzsche conseguia superá-la com seu *Übermensch*, que se imporia aos humanos submetidos à escravidão da vingança, destruindo a coalizão destes para eternizá-la. Krause a diluía em uma tendência cósmica para o absoluto, evidenciada em um amor crescente e fraternidade universal entre homens e coisas. Marx a superava com a dissolução das relações capitalistas de produção e o advento do comunismo e seus laços de solidariedade. Tanto nele quanto em Hegel o tempo continuava sendo linear; em Nietzsche e em Krause, ele adquiria outras formas. Os primeiros não têm outro recurso senão esgotar a história (Hegel, no estado racional; Marx, no comunismo). A pena mensurável em tempo faz parte dessas ideologias lineares que, apesar de terem sido as que mais claramente puseram em discussão o problema, não foram as que o criaram, mas as que pretenderam dar a resposta mais refinada e elaborada. *A centralidade descoberta por esses pensadores é o que explica o enorme potencial simbólico do poder punitivo, por mais arbitrário e irracional que ele seja*. É o substrato sobre o qual todas as agências do sistema penal constroem seu poder contraditório e competitivo. Mas não é só isso: a vingança e sua irracional meta é o substrato manipulado por todos os autoritarismos. A partir desse grande debate interrompido, evidenciou-se a centralidade do tempo e da vingança e se pôde explicar o incrível fascínio desta última, que impede as próprias vítimas de perceber a questão com um mínimo de clareza. Não foi possível prosseguir o debate porque o espaço estava se fechando. O pensamento humano sofreu uma de suas quedas mais perpendiculares e o pensamento penal, em particular, alcançou logo seu nível mais baixo: degradou-se até a mera racionalização simplista do *vigilantismo*. O deserto avançara.

§ 22. O PERIGOSISMO E A COISIFICAÇÃO

I. O pensamento penal em seu limite mais baixo: a racionalização do controle policial racista

1. A classe industrial inglesa alcançou sua hegemonia antes daquelas da Europa continental; a partir desse momento, o discurso contratualista deixou de ser necessário para impor limites ao poder punitivo, porque havia passado a exercê-lo. Foi protagonista, antes de outros países, de uma guinada para o saber penal reduzido a saber técnico-científico, isto é, a saber de onde se extrai o pensar. O primeiro autor a marcar essa etapa de redução ao *empirismo* foi Jeremy Bentham (1748-1832)[49]. Seu pragmatismo foi – em certo sentido – uma antecipação do que mais tarde seria o *positivismo*. Nesse aspecto, com uma boa parcela de razão, já se disse que o pragmatismo é um positivismo com cálculo de rendimento[50]. Bentham negava qualquer direito subjetivo anterior ao estado. Por conseguinte, refutava a Declaração Francesa de 1789 e afirmava que o único critério para estabelecer quando um fato deveria arvorar-se em delito era a pura utilidade de fazê-lo que, para Bentham, resultava de um cálculo: devia-se medir o grau de prazer que aquela conduta provocava em seu autor e o grau de dor por ela causado aos demais, ou seja, o grau de utilidade era o lucro em felicidade, porquanto a legislação e a moral tinham o objetivo comum de produzir a maior quantidade possível de felicidade. Em virtude de terem o direito e a moral um objetivo comum (produzir felicidade), não poderiam ser distinguidos por seu objeto. Na opinião de Bentham, a única coisa que os diferenciava era sua extensão: para sua tese apenas razões práticas mostravam os graves inconvenientes que a criminalização de toda imoralidade acarretaria. Essa era a única razão pela qual a moral abrangia um âmbito maior que o direito.

2. Para o pragmatismo benthamiano, a pauta geral em que se baseava a limitação à intervenção do estado consistia em que esta última só se justificava quando produzia felicidade e na estrita medida desta. Assim, distorcia-se o racio-

[49] Dumont publicou em francês uma obra de Bentham, de 1789, juntamente com outros escritos deste sob o título de *Traité de législation civile et pénale*. De alguns manuscritos de Bentham, de 1775, e posteriores, o próprio Dumont extraiu o texto que se publicou com o nome de *Théorie des peines et des récompenses*. Esta obra foi traduzida para o castelhano e difundiu as ideias de Bentham pela América Latina: *Teoría de las penas y de las recompensas*. No Chile, *Teoría del Derecho Penal – Extracto de las obras de Bentham*. Sobre o autor em apreço, cf. Atkinson, C. M., *Jeremy Bentham: his life and his work*; Philippson, Coleman, *Three criminal law reformers*.

[50] Duguit, León, *El pragmatismo jurídico*.

cínio até converter a pena em um bem: embora não produza a felicidade de quem a suporta, a pena produz um bem na soma das felicidades individuais (utilidade pública), porquanto pouparia sofrimento como prevenção geral e individual. Para Bentham, por conseguinte, a pena tinha funções preventivas de ambas as espécies, mediante uma retribuição que correspondia à inflição da mesma extensão de dor antes inferida. Tal princípio era tão obsessivo em Bentham que ele chegou a imaginar uma máquina de flagelação para evitar o arbítrio do verdugo: *uma máquina cilíndrica que movesse corpos elásticos como juncos; o número de voltas seria fixado por ordem do juiz* [51]. Bentham foi um dos poucos autores da época que tratou da seletividade do sistema penal, ainda que só da perspectiva do compromisso que ela acarretava à tese da prevenção geral: por isso, sem qualquer embaraço, recomendava compensar a baixa probabilidade da impunidade com pena maior, ou seja, Bentham não tinha a percepção de Kant e admitia claramente valer-se do homem como meio para a felicidade alheia[52].

3. Como a pena jurídica não era substancialmente diferente da moral, Bentham se sentia livre para dar-lhe caráter moralizante, que projetou como treinamento disciplinar para a produção industrial. Daí sua invenção de um estabelecimento carcerário panóptico[53], implicando a construção de um edifício radial, com pavilhões provenientes de uma sede comum, de onde se conseguisse o máximo controle com o mínimo esforço sobre toda a atividade diária do preso, de vez que um único guarda poderia vigiar todos os pavilhões da parte central apenas virando a cabeça, sem que os indivíduos ali vigiados percebessem quando isso estava acontecendo, embora soubessem que a qualquer momento poderia ocorrer[54]. Sua ideologia da pena foi a do treinamento mediante estrito controle do comportamento do apenado, que não desfrutaria de um só instante de privacidade. Tal ideologia foi adotada depois por diversos mentores de regimes e sistemas chamados *progressivos*, mas no fundo continuava redundando na mesma coisa: vigilância, arrependimento, aprendizagem, moralização (trabalhar em prol da felicidade). Em geral, a ideologia desse tratamento tinha correspondência com a forma de trabalho industrial, tal como era concebida e praticada na época: estrita vigilância sobre o trabalhador na fábrica, permanente controle do capataz, impedimento de dispor de qualquer tempo livre durante o trabalho etc. As analogias entre o cárcere e a fábrica foram estudadas e obtiveram resultados surpreendentes[55]. E não podia ser de outra maneira, pois se concebera o cárcere

[51] Bentham, *Teoría de las penas*, t. I, p. 72.

[52] Idem, pp. 22 ss.

[53] Idem, pp. 152 ss.

[54] Cf. Mari, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo*. Cf. Ainda a entrevista de Foucault (*L' Oeil du pouvoir*) e o artigo de Michelle Perrot (*L'inspecteur Benthan*) no volume Bentham, Jeremy, *Le Panoptique*, Paris, 1977, ed. P. Belfond.

[55] Melossi, Dario e Pavarini, Massimo, em *Carcere e fabbrica*.

como treinamento para a fábrica. Não obstante, convém esclarecer que na prática isso nunca funcionou como Bentham havia imaginado. O pragmatismo repercutiu na América Latina[56] e deu frutos no campo penal na Espanha da primeira metade do século XX[57].

4. Herbert Spencer (1820-1903) foi um engenheiro ferroviário, aficionado à filosofia, quem, com grande simplicidade, apresentou uma teoria que levou o pensar a seu mais baixo nível[58]. Quanto mais irracional for um exercício de poder, menos pensante[59] será o discurso exigido por sua legitimação, e assim foi o discurso spenceriano: embora se possa pensar na manipulação do pensamento de Hegel, não foi possível, porque seu nível era elevado demais para a legitimação que se pretendia e a respectiva polêmica suscitada também se mantinha dentro de certa densidade de pensamento. Foi necessário um saber muito menos pensante para legitimar a crueldade interna e planetária. O modo mais eficaz para eliminar o pensamento era a radical negação de qualquer dado que não fosse *empírico*, isto é, puro saber técnico-científico. Este foi o programa do chamado *positivismo*, apesar de não ter passado de uma declaração de propósitos programáticos porque, na realidade, tomou por empréstimo todos os elementos que o idealismo lhe propiciara e vestiu-os de ciência em um nível notoriamente burdo. No momento em que os avanços tecnológicos revolucionavam as comunicações (ferrovias, navegação a vapor, telégrafo, canal de Suez etc.), a ciência santificava de verdade o que se adaptava à sua roupagem. E como a Grã-Bretanha e o restante da Europa deviam justificar seu império colonial e as racionalizações teocráticas da colonização – as da revolução mercantil – não eram admissíveis, o neocolonialismo do século XIX preferiu abandonar a superioridade outorgada pela *verdade da fé* e optou pela pretensa

[56] Para a Argentina, Magnasco, Osvaldo, *Justicia y utilidad*, p. 29. Para o Brasil, mais do que a discutida redação da Constituição de 1824 (art. 179, inc. II: Nenhuma lei será estabelecida sem *utilidade pública*), mais do que as frequentes citações de Bentham nos debates parlamentares preparatórios do Código criminal de 1830, temos a utilização de uma planta inglesa, de 1826, inspirada no panótico, ao início das obras de construção da Casa de Correção, em 1834. Um erro na execução da planta, "interceptando completamente a visão", desnaturou o prédio, inaugurado em 1850 (cf. Evaristo de Moraes, Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil, Rio, 1923, ed. C. Oliveira, p. 13). Sobre a matéria, Koerner, Andrei, O impossível panótico tropical-escravista, em Rev. IBCCrim 35, pp. 211 ss. Um relatório de 1874, recentemente republicado (Rev. IBCCrim 35, p. 263 ss), constatando que "do octógono ou observatório não se avistaram as portas das cellas", atribuíra a responsabilidade àquela planta inglesa, que seria "pura cópia, sem pensamento assentado nem conhecimento do sistema".

[57] Saldaña, Quintiliano, *Teoría pragmática del Derecho Penal*; *La défense sociale universelle*; *Modernas ideas penales*; *La nueva criminología*; e em Masaveu, Jaime, *Nueva dirección española en filosofía del Derecho Penal*.

[58] Spencer, Herbert, em *Principes de Sociologie*, e na supracitada bibliografia, § 13, IV.

[59] Cf. Lukács, Georg, *El asalto a la razón*.

verdade científica. Tampouco servia o *Geist* hegeliano porque era pensante demais e confessava não ser *verdade empírica*. Daí o fato de se vestirem de verdades empíricas outras propostas que nunca o foram e de inventar-se uma ciência encarregada de *comprovar* a existência de *raças superiores e raças inferiores no sentido biológico*, assim como a circunstância de que os homens são superiores às mulheres[60], os adultos às crianças e aos velhos, os sãos aos doentes, os colonizadores aos colonizados, os heterossexuais aos homossexuais[61], os mentalmente sadios aos loucos e, naturalmente, os soltos aos presos. Elaborou-se, com pretensão científica, um catálogo completo de hierarquização biológica da espécie humana, bem como considerou-se patológico tudo aquilo que era diferente, inclusive os indivíduos ditos *gênios díscolos*[62].

5. Quando se descobriu a raiz indo-européia na linguística, não demorou muito a inventar-se a existência de uma *raça ariana* superior, que foi se degenerando mas se mantinha superior onde o elemento *ariano* havia se conservado mais puro, o que, logicamente, ocorria no centro e no norte da Europa[63]. Essa fantasia foi desenvolvida na forma de construção fabuladora por um conde francês de duvidosa nobreza, literato e diplomata fracassado: Joseph Arthur de Gobineau (1818-1882)[64]. Foi esse o racismo *pessimista*, pois a inferioridade racial dos colonizados era imperdoável e a única solução seria eliminá-los. Aliás, o racismo pessimista de Gobineau tornava difícil a deslegitimação da escravatura, que havia deixado de convir aos ingleses, nessa época convertidos em campeões do antiescravismo, tal como o foram antes do comércio negreiro. As classes industriais da potência que estava na vanguarda da acumulação capitalista e era detentora do maior poder planetário deviam valer-se de um discurso que legitimasse componentes difíceis de compatibilizar: liberalismo econômico, controle sem limite das *classes perigosas*, neocolonialismo, oligarquias nos países dependentes e, ao mesmo tempo, a deslegitimação da escravatura, e tudo por intermédio da *ciência*. É claro que não era Gobineau quem podia oferecer esse discurso, mas sua fantasia teve singular êxito na Alemanha, além de ter sido imediatamente traduzida para o inglês. Alguns anos mais tarde, um inglês germanófilo, naturalizado alemão e genro de Wagner, seguiria os passos de Gobineau: Houston Stewart Chamberlain (1855-1927)[65], cuja obra foi livro de cabeceira de Guilherme II durante a I Guerra Mundial (1914-1918)[66]. O menos original de seus seguidores foi Alfred Rosenberg, considerado o teórico do racismo nacional-socialista; seu livro não contém nenhuma ideia original, própria[67]; aliás, na verdade, é difícil encontrar um plagiário de ideias pseudocientíficas que tenha adquirido semelhante fama e poder, até acabar executado em Nuremberg.

6. Como, no século XIX, a Grã-Bretanha não podia adotar essa interpretação do racismo, foi Spencer, o autor de uma versão funcional para suas necessidades legitimadoras, quem elaborou uma espécie de tradução da visão da história de Hegel, vazia de pensamento por sinal: o *Geist* se materializou como organismo, a dialética passou a ser a luta e a sobrevivência dos mais aptos, tal como um motor da evolução biológica, e o etnocentrismo redundou em racismo puro, tudo expresso em linguagem pretensamente empírica e científica. Apesar de suas ideias não serem originais – e é comum fazê-las, de uma maneira direta, derivar de Darwin (seu pensamento costuma ser chamado de *darwinismo social*)[68] – não se pode negar-lhe inventiva para acomodar tudo isso sob a aparência de ciência. A versão do racismo spenceriano foi *otimista*: a humanidade era um organismo, em cuja evolução também se cumpria a lei da seleção natural. A cosmovisão de Spencer era singularmente violenta: baseava-se no fato de que toda evolução foi realizada ao sabor de lutas, cataclismos e seleção violenta dos mais aptos. Afirmava que, na humanidade, à medida que a civilização ia avançando, reduzia-se o apetite sexual e surgia a moral, porquanto Spencer havia inventado uma biologia curiosa: segundo ele, as células cerebrais e sexuais consomem o mesmo alimento, e quanto mais se usam as primeiras, menos usadas serão as segundas. Daí a diferença entre a moral vitoriana inglesa de seu tempo e a *frequência* amoral dos trópicos colonizados. Em meio à luta competitiva, os fracos se fortaleciam: por isso não se devia ajudar os pobres, porque eles se debilitariam. O estado devia intervir o menos possível, a fim de não atrapalhar os esforços que os fracos envidavam para se fortalecerem. Na opinião de Spencer,

---

60 Para a crítica à explicação biológica da criminalidade feminina, Cario, Robert, em *Femmes et criminelles*, p. 177.

61 A mais disparatada versão de reconhecimento somático da homossexualidade masculina, a partir da fantasiosa biografia de um travesti da época, em Legludic, H., *Notes et observations*.

62 Isso se observa claramente na obra de Nordau, Max, *Degeneración*.

63 A esse respeito escreveram Poliakov, Léon, *Il mito ariano*; Conte, Édouad e Essner, Cornelia, *Culti di sangue*, pp. 58 ss. É curioso assinalar que Lucio V. López publicou um livro em francês, dedicado à memória de seu pai, onde procura demonstrar, linguisticamente, a origem ariana dos incas, e no qual agradece a colaboração de Urquiza: López, Vicente Fidel, *Les races aryennes du Pérou*

64 Gobineau, Joseph Arthur de, *Essai sur l'inégalité des races humaines* (publicado pela primeira vez entre 1853 e 1855), depois traduzido para o italiano: *Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane*. Dele também é *La Renaissance*. Sobre este autor, cf. Faure-Biguet, J. N., *Gobineau*. E quanto a seus curiosos vínculos com a América Latina, Raeders, Georges, *O inimigo cordial do Brasil*.

65 Sobre esse personagem, Wagner e o Círculo de Bayreuth, cf. Mosse, Georg L., *Il razzismo in Europa*, pp. 115 ss.

66 Chamberlain, Houston Stewart, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*.

67 Rosenberg, Alfred, *El mito del siglo 20*.

68 Como, por exemplo, Martindale, Don, *La teoría sociológica*, p. 203.

o colonialismo significava uma espécie de tutela piedosa dos povos mais atrasados (menos evoluídos) para alcançarem mais rapidamente o mesmo grau de civilização que os europeus, após vários séculos ou milênios de proteção orientadora. Ao contrário de Gobineau, os colonizados não eram degenerados devido à degradação de uma raça superior, mas sim atrasados porque não haviam evoluído ainda.

7. *Não há forma empírica que permita confirmar que a sociedade ou a humanidade seja um organismo em evolução*. Só se se considerasse que o saber para poder – saber técnico-científico – fosse a medida do progresso (isto é, o *saber para poder de* Bacon) existiria um pressuposto *objetivo*: quem sabe mais, mais poder possui; quem possui mais saber, mais *evoluído* é; o mais evoluído tem direito a tutelar os mais atrasados. Em síntese: aquele que tem poder é melhor e domina, e por ter poder tem direito a dominar. E como isso, em que pese basear-se em uma premissa arbitrária, ataviava-se de *ciência* indiscutível, converteu-se, outrossim, em uma espécie de *polícia científica* que exilou o pensamento de todo saber. Não seria estranho, portanto, que chegasse ao saber penal, ou melhor, ao saber necessário à legitimação do poder. Bentham retornava vestido de cientista, mas inserido em um marco ideológico muito mais amplo: já não se tratava de um simples saber limitado ao penal, mas de uma radicalíssima supressão do pensamento de todos os ramos do saber, como lema para um exercício de poder planetário. O discurso jurídico-penal se assentou na informação desse saber, que recebeu o nome de *criminologia* (no princípio, o de *antropologia criminal*). A raça humana era considerada mais evoluída na Europa, onde a criminalidade significava um acidente biológico que impedira um europeu de desenvolver-se até atingir o estado de evolução biológica correspondente à sua civilização e, por conseguinte, era uma espécie de selvagem colonizado que, como célula primitiva, nascia na parte formada por células mais nobres do tecido humano. Tal ideologia foi logo aceita pelas elites latino-americanas na época das repúblicas oligárquicas[69].

[69] Ricaurte Soler, *El positivismo argentino*; Salessi, Jorge, *Médicos, maleantes y maricas*; Ruibal, Celina, *Ideologia del Control Social*; Terán, Óscar, *Positivismo y nación en la Argentina*; Zea, Leopoldo, *El positivismo en México*; Paladines-Guerra, *Pensamiento positivista ecuatoriano* (convém lembrar que Carlos A. Salazar F. aplicou, no Equador, as teorias racistas de Le Bon e chegou à conclusão de que se tratava de um país decadente e sem futuro, devido à mestiçagem, p. 76); Buarque de Holanda, Sérgio, *História geral da civilização brasileira*, III, 2, pp. 360; Corrêa, Mariza, As Ilusões da Liberdade, S. Paulo, 1998, ed. Edusf; Schwarcz, Lilia Moritz, O Espetáculo das Raças, S. Paulo, 1993, ed. Cia. das Letras; um claro exemplo argentino, em Bunge, Carlos Octavio, *Nuestra América*.

8. Tais ideias foram formuladas organicamente por Cesare Lombroso (1835-1909)[70], médico italiano, cujo livro mais importante – *L'uomo delinquente*[71] – publicado em 1878, é considerado a obra fundacional da criminologia etiológica, embora não seja correta essa menção, conforme o que já se assinalou, pois tal papel coubera, séculos antes, ao *Malleus Maleficarum*[72]. Para Lombroso, o delinquente era um ser atávico, um europeu que não havia completado seu desenvolvimento embriofetal (na época dizia-se que a *ontogenia* sintetizava a *filogenia*) e, portanto, consistia numa detenção do processo *embriofetal* que resultava em um ser semelhante ao selvagem colonizado: não tinha moral, parecia fisicamente com o indígena ou o negro, possuía pouca sensibilidade à dor, era *infantil*, perverso etc. O estado de guerra hobbesiano se tornara científico e era o dos colonizados e dos delinquentes. Chamou-se aquele delinquente europeu caracterizado por atávico ou selvagem de *delinquente nato*, de acordo com a sugestão de Ferri, expressão tida como sua e que se tornou famosa, embora tenha sido criada por Cubí e Soler. Embora hoje tal teoria possa parecer curiosa, o certo é que em sua época ela teve enorme sucesso, sendo sua primazia[73] disputada por muitos e, com razão, assinalaram-lhe importantes antecedentes na frenologia[74], embora provenha mais diretamente da antiga fisiognomonia[75] e, talvez, muito mais perto ainda dos estudos sobre deformações genéticas[76]. Com a biologização do delito nascia, de uma maneira acadêmica, a criminologia como um saber que se propunha assinalar signos e

[70] A biografia mais citada por seus admiradores é a de sua própria filha, Lombroso Ferrero, Gina, *Vita di Lombroso*. Dentre as obras críticas dos últimos anos, Villa, Renzo, *Il deviante e i suoi segni*; Guarnieri, Luigi, *L'atlante criminale*.

[71] Além dessa obra, são da autoria de Lombroso, entre outras: *L'uomo di genio*; *El delito, sus causas y remedios*; *Palimsesti del carcere*; *Delitti vecchi e delitti nuovi*. Inúmeros autores escreveram sobre seus livros, em *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*.

[72] Cf. supra, §§ 13 e 16.

[73] Na disputa com os franceses, alguns asseveravam que o respectivo conceito foi sendo formado ao longo dos anos graças a diversos autores, razão por que não pode ser atribuída a Lombroso, e dentre eles: Kovalevsky, Paul, *La psychologie criminelle*, t. I, p. 1 ss. Em geral, os franceses admitiam a criminalidade nata, mas pela via da degeneração, segundo Francotte, Xavier, *L'anthropologie criminelle*, pp. 250 ss; Lacassagne, A., em *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, pp. 167 ss.; Laurent, Émile, *La antropología criminal*; Joly, Henri, *Le crime – Étude sociale*, p. 5.

[74] A disputa por essa primazia chegou ao extremo de ser defendida, mais recentemente e dentro do paradigma etiológico, pela ideia de que a frenologia é fundacional: Savitz, Leonard, Turner, Stanley H. e Dickman,Toby, em Robert F. Meier, *Theory in criminology – Contemporary views*, pp. 40 ss.

[75] Remonta-se mais além da frenologia de Gall, que reconhece antecedentes muito distantes, como o sempre citado Della Porta, Giovan Battista, *Della fisonomia dell'uomo*; Lavater, *La physiognomonie*.

[76] Convém recordar o volumoso estudo de Geoffrey Saint-Hilaire, Isidore, *Histoire générale et particulière des anomalies de l'organization*.

sintomas de uma *specie generis humani* inferior, como capítulo da antropologia física: seu objeto estava bem delimitado – tendo em vista tratar-se do estudo de um grupo humano biologicamente diferente e inferior – motivo pelo qual se chegou a dizer que ela era um ramo da zoologia[77].

9. Cabe assinalar que Lombroso era um grande observador, assim como que os presos europeus de seu tempo se pareciam com os colonizados. Hoje sabemos que a seleção criminalizadora se efetua de acordo com os estereótipos e que também, graças a Lombroso, os estereótipos de sua época se nutriam das características físicas dos colonizados: todo *mau era "feio"*[78], como um americano ou um africano, na conjuntura em que a Europa havia superado a visão bucólica de seus colonizados[79] e passado a considerá-los selvagens[80]. Ao tempo em que Lombroso trabalhava, um fluxo migratório intenso e constante transportava europeus pobres para a América Latina. *A polícia selecionava pessoas com essas características e as prendia, e Lombroso verificava os presos que as possuíam. A conclusão de Lombroso assinalava que tais características eram a causa do delito quando, na realidade, eram apenas a causa da prisonização.* E como havia menos mulheres presas, segundo a hierarquização biológica, concluía-se que, na mulher, a prostituição atuava como um equivalente do delito[81]. Características patológicas e atávicas eram encontradas em delinquentes políticos[82] – especialmente anarquistas[83] – e, em particular, nos que lideravam os delitos das multidões, exemplificados nos líderes da Comuna de Paris[84]. O medo às multidões e a racionalização do desprezo por elas foi uma constante do pensamento positivista, ao defender a tese de que na massa neutralizava-se o psiquismo superior e retornava-se à selvageria[85]. O discurso positivista

[77] Segundo Carpena, Fructuoso, *Antropología criminal*.

[78] Os próprios positivistas, ao estudarem os artistas para descobrir suas pretensas intuições artísticas, apresentaram uma genealogia dos desvalores estéticos aplicados aos delinquentes: Ferri, Enrico, *I delinquenti nell'arte*; Niceforo, Alfredo, *Criminali e degenerati dell'Inferno dantesco*, e também *La fisonomia nell'arte e nella scienza*.

[79] Dessa visão, tratou Arciniegas, Germán, em *América en Europa*.

[80] Tal mudança é apontada em Gerbi, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo;* significativa por seu racismo a obra de Corre, A., *Le crime en pays créoles*.

[81] Lombroso, Cesare e Ferrero, Guglielmo, *La donna delinquente*.

[82] Lombroso e Laschi, *Le crime politique et les révolutions*; Gómez, Eusebio, *Delincuencia político-social*.

[83] Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*.

[84] Cf. a tradução da primeira edição (1892) de Scipio Sighele, *La muchedumbre delincuente*. Cf. ainda Rudé, George, A Multidão na História, trad. W. Dutra, Rio, 1991, ed. Campus.

[85] Há, a respeito disso, a pesquisa de van Ginneken, Jaap, *Folla, psicologia e politica*. Podem ser vistas as obras de Sighele, Scipio, *I delitti della folla*; Taine, H., *Les origines de la France contemporaine*, t. I; Le Bon, Gustave, *La psicología política y la defensa social*; Garofalo, R., *La superstizione socialista*; Rossi, Pascual, *Los sugestionadores y la muchedumbre*. E, já entrando no século XX, Joussain, André, *Psychologie* des *masses*. O critério na América Latina era similar; cf. Ramos Mejía, José María, *Las multitudes argentinas*; em alguns, adquiria traços mais racistas, Guerrero, Julio, *La génesis del crimen en México*; Bulnes, Francisco, *El porvenir de las naciones latinoamericanas*, e muito mais acentuadamente em Nina Rodrigues, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Excetuam-se os trabalhos de Gabriel Tarde, especialmente *Études de psychologie social* e *Les lois de l'imitation*.

mostrava o pânico das classes hegemônicas pelas manifestações populares e os reclamos políticos das massas.

10. Lombroso, no entanto, não era jurista, motivo por que a completa elaboração teórica de seu pensamento, em termos de sociologia spenceriana, e sua correspondente tradução para a terminologia jurídica, foi levada a cabo por Enrico Ferri (1856-1929)[86], que foi o expositor mais polêmico da chamada *escola positivista*, tendo retomado a famosa *defesa social* onde Romagnosi a havia deixado e a conduzido até a pena como repressão necessária para neutralizar a *periculosidade*[87]. Não baseou a responsabilidade em nenhuma decisão, mas na mera circunstância de viver em sociedade. Tratava-se de uma responsabilidade completamente objetiva: o ser humano era responsável por ser uma *célula* do organismo social. Sob muitos aspectos, Ferri foi um homem original. Entre seus méritos, inclui-se o de ter batizado o descobrimento de seu mestre com o nome de *criminoso nato* e o de haver procurado compatibilizar o socialismo com o darwinismo, polemizando com o divulgador reacionário Haeckel[88], cujo reducionismo biológico, herdado – como o de Lombroso – das teorias de Moleschott[89], impelia-o a referir-se à psicologia das células[90], o que desembocaria nos equivalentes do delito entre os animais e as plantas[91]. Convém observar que o delito parecia uma categoria reservada aos homens como seres

[86] Sobre esse autor: Gómez, Eusebio, *Enrico Ferri*; Areco, Horacio P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*; De Marsico, Alfredo, *Penalisti italiani*, pp. 111 ss.; Spirito, Ugo, *Storia*, p. 258. A respeito de sua passagem pela Argentina: Testena, Folco, *Le conferenze di Enrico Ferri*. Em 1908, Ferri fez uma consagradora visita ao Brasil.

[87] Sua obra mais difundida é *Sociología criminal*, traduzida por A. Soto y Hernández (a última edição póstuma esteve a cargo de Arturo Santoro – *Sociologia criminale*). Trata-se do desdobramento daquela que inicialmente recebeu o título de *Los nuevos horizontes del derecho y de procedimiento penal*; sua obra mais sistemática sobre Direito Penal se intitula *Principii di Diritto Criminale*.

[88] A respeito desse autor, Bölsche, Wilhelm, *Ernst Haeckel*; Toffoletto, Ettore, *Haeckel*.

[89] Moleschott, J., *Die Kreislauf des Lebens* (*La circolazione della vita*; *La circulación de la vida*).

[90] Haeckel, Ernst, *Die Welträtzel*, porém, em especial, *El origen de la vida*, pp. 117 ss.

[91] Cf. Strassmann, Fritz e Carrara, Mario, *Manuale di medicina legale*, pp. 961 ss. No apêndice de Carrara, acham-se sintetizadas as teses positivistas e desenvolvidos o conceito natural do delito e seus equivalentes nos animais, nos selvagens e nas crianças; sobre equivalentes sub-humanos discorreram também Parmelee, Maurice, *Criminología*, pp. 7 ss; Carpena, Fructuoso, *Antropología criminal*, p. 500.

biologicamente superiores, enquanto nos inferiores, como as mulheres, os animais e as plantas, cunhavam-se os *equivalentes*.

11. Não obstante, a maior criação de Ferri – pelo menos quanto ao êxito que perdura até hoje, sendo ratificada como verdade incontestável – foi a invenção de uma inexistente *escola clássica* do direito penal, supostamente integrada por todos os autores não-positivistas, fundada por Beccaria e capitaneada por Carrara. Essa escola abrangeria toda a Europa e estaria formada por pensadores iluministas de todas as nacionalidades, revolucionários franceses, idealistas alemães, aristotélicos e tomistas, criticistas e kantianos, hegelianos, krausistas etc. Tal escola, que mais pareceria um parlamento pluripartidário, naturalmente – repetimos – jamais existiu, mas para Ferri foi cômodo impor um *rótulo comum a todos os penalistas que não compartilhavam seus pontos de vista*. Essa invenção não passou de uma atitude autoritária de quem considerava ser o único dono da verdade *científica*, e caracterizava por *metafísicos*, *pré-cientistas* ou *clássicos* aqueles que não haviam alcançado os níveis de sua verdade. Embora hoje se continue fazendo referência a uma *escola clássica* como antagônica à *escola positivista*, o certo é que a primeira só existiu na cômoda rotulação autoritária de Ferri. O que houve foi uma disputa entre positivistas e os que não admitiam seus pontos de vista. Na própria Itália, Luigi Luchini (1847-1929)[92] chamava Ferri de *simplista* do direito penal, enquanto este o qualificava de *espiritualista*. Em meio a esse confronto, cruzaram-se autores que procuraram conseguir uma síntese entre ambos os posicionamentos políticos e filosófico-penais, razão pela qual se aventou também a existência de uma *terza scuola*: Sabatini, Carnevale, Impallomeni, Alimena[93]. Essa *terza scuola* tampouco existiu propriamente, não passando de um conjunto inorgânico de autores que apresentaram pontos de vista mais ou menos ecléticos em um debate entre posições legitimadoras do poder punitivo que optavam por concepções de antropologia filosófica, as quais não admitem meio termo. Em suma: o que houve foi um enfrentamento entre a concepção reducionista biológica do ser humano – defendida pelo positivismo – e os diversos conceitos filosóficos do ser humano sustentados por seus opositores, que tratavam de dar a este uma hierarquia particular, assinalando-o por alguma coisa, embora estivessem em total desacordo no tocante à sinalização. Nada autoriza, porém, a considerar todas as posições antropológicas que procuram ou apresentam um conceito filosófico do fenômeno humano como uma corrente unitária, salvo o positivismo romântico, que pensava atingir o infinito com uma ciência baseada na física newtoniana e uma concepção mecanicista do mundo.

12. Dentro da concepção positivista elaborada por Ferri, o delito não é a conduta de um homem, mas o sintoma ou sinal de um mecanismo avariado: *o delito é sintoma de periculosidade; logo, a medida da pena estava dada pela medida da periculosidade*. É análogo ao defeito em um dispositivo mecânico: quando ele se estraga, o operador o tira de circulação durante o tempo necessário para consertá-lo (*sanção ressocializadora*) e, se isso for impossível, ele o descarta e o substitui (*sanção eliminatória*). Contudo, em vista de ser o delito sintoma, não tem por que ser único; daí propor-se a busca de outros sintomas que, na época, foram englobadamente chamados de *má vida*[94], um confuso conjunto de todos os comportamentos que não correspondiam à vertical disciplina policial da sociedade industrial, traduzível na livre punição do mero portador dos signos do estereótipo. Esse foi o fundamento do *estado perigoso sem delito*[95], por meio do qual se pretendia apenar os desocupados, mendigos, ébrios, consumidores de drogas, prostitutas, homossexuais, jogadores, rufiões, gigolôs, adivinhos, magos, curandeiros, religiosos não-convencionais etc., sem que cometessem qualquer delito, em função de sua pretensa *periculosidade pré-delitual*.

13. O terceiro representante do positivismo italiano foi Rafael Garofalo (1851-1934), autor de *Criminologia*, sua principal obra que, por certo, não tratava do que hoje se entende por criminologia[96]. Garofalo, ao contrário de Ferri – que era um político socialista[97] e terminou como senador fascista – e de Lombroso – um cientista descendente de judeus – foi um aristocrata, que exibia com orgulho seu título de barão, e chegou a ser procurador do Reino, razão por que suas ideias estão bem mais próximas de Haeckel, o divulgador do monismo darwiniano, e tomou decididamente partido contra o socialismo[98], de um modo

[92] A respeito de sua crítica ao conceito de defesa social do positivismo, Lucchini, Luigi, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, pp. 49 ss. Sobre este autor, cf. Bettiol, Giuseppe, *Scritti Giuridici*, pp. 143 ss. Na Espanha, o contraditor do positivismo foi Aramburu y Zuloaga, Félix de, *La nueva ciencia penal*. Sobre a forma depreciativa como foi recebida na Itália, Vida, Jerónimo, em *La nueva ciencia jurídica*, p. 3.

[93] Sabatini, Guglielmo, *Principii di Scienza del Diritto Penale*; Alimena, Bernardino, *Note filosofiche di un criminalista*, autor também de *Principii di Diritto Penale*; Impallomeni, Gian Battista, *Istituzioni di Diritto Penale*; Carnevale, Emmanuele, *Una Terza Scuola di Diritto Penale*, além de *Diritto Criminale* e *Critica penale*.

[94] Escreveram sobre a *má vida* em Roma Niceforo e Sighele; em Madri, Contancio Bernaldo de Quiroz; em Buenos Aires, Gómez Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, com prólogo de José Ingenieros, que se refere a esse heterogêneo conjunto como grupo biologicamente inferior devido aos genes. "O que a lei reprime na vagabundagem é a adoção voluntária de *um gênero de vida socialmente perigoso*", escrevia nosso Evaristo de Moraes (Ensaios de Pathologia Social, Rio, 1924, ed. F. Bastos, p. 66).

[95] Cf. Ruiz Funes, Mariano, *La peligrosidad y sus experiencias legales*.

[96] Garofalo, Rafaele, *Criminologia*; há tradução de Pedro Dorado Montero (*La criminología*). De sua restante obra: *Di un criterio positivo della penalità*.

[97] Tentou ele, artificiosamente, compatibilizar o socialismo com o positivismo; cf. Ferri, Enrico, *Socialismo e criminalità*. Também escreveu *Socialismo e scienza positiva* (*Darwin, Spencer, Marx*).

[98] Garofalo, Rafaele, *La superstizione socialista*.

semelhante ao racista Le Bon[99]. Garofalo não esconde seu autoritarismo, sua índole essencialmente antidemocrática nem a extremada frieza genocida de seu pensamento. Com ele fica evidente a tese da guerra ao delinquente e o positivismo italiano alcança o nível mais inferior de seu conteúdo pensante.

14. Apesar de não ter existido uma escola clássica, não é tarefa simples caracterizar a escola positivista, porque entre Lombroso e Ferri há diferenças grandes, e em relação a Garofalo elas são ainda maiores, pois ele representa uma claríssima vertente jusnaturalista, com fortes tintas de platonismo, embora supondo chegar à objetividade valorativa por uma via que presumia ser científica. O próprio objetivo de sua pesquisa indica essa tendência: toda sua obra se orienta para encontrar um conceito de *delito natural*. A tensão entre o princípio positivista (todo saber deve ser experimental) e o organicismo se faz bastante presente em Garofalo, que a este último se afilia – mesmo não tendo o organicismo nada de experimental –, distanciando-se assim do cientificismo tão caro ao positivismo. Garofalo percebeu que não podia negar historicamente o relativismo valorativo: em geral, não há conduta que sempre e em todas as culturas tenha sido considerada criminosa. Como se deu conta de que através da análise dos dados não poderia chegar a seu desejado delito natural, ele se lançou na procura apelando para a análise dos sentimentos, ou seja, por uma via irracional. Abandonou assim o caminho positivista que os demais trilharam à procura do *delito natural* – os equivalentes entre os seres inferiores – e empreendeu nova busca, agora pela via dos sentimentos, o que, como apelação sem dúvida alguma irracional, fê-lo cair no etnocentrismo mais ingênuo, quer dizer, na consideração acrítica de sua própria cultura como *superior*. O etnocentrismo garofaliano não estava nada isento de racismo, pois se referia com desprezo às *tribos degeneradas*, aquelas culturas que não correspondiam ao que ele considerava que devia ser o sentimento moral. Para Garofalo, as culturas que não compartilhavam normas valorativas europeias eram tribos degeneradas que se afastavam da certeira razão dos povos superiores e que representavam para a humanidade o mesmo que os delinquentes são para a sociedade, ou seja, seres inferiores e degenerados[100].

15. Garofalo afirmava haver dois sentimentos básicos, que são os de piedade e probidade (ou justiça), os quais vão se desenvolvendo no sentido de tornarem-se cada vez mais evoluídos, delicados e refinados. Dizia que debaixo de todas as modalidades históricas existem esses sentimentos, e que um delito sempre os afeta. Por isso, construía uma classificação *natural* dos delitos, segundo o sentimento que ferissem e, deduzindo desse dogma, asseverava que

[99] Le Bon, Gustave, *Psicología del socialismo*.
[100] Garofalo, *La criminología*, pp. 77, 83 e 112.

aqueles que carecem de tais sentimentos devem ser banidos da sociedade, o que lembra um pouco a *perda da paz* dos germânicos. Não se detinha diante da pena de morte, que considerava mais piedosa do que a prisão perpétua, no caso dos *irrecuperáveis*. Assim, chegava a defender a necessidade de uma guerra santa cultural contra a criminalidade, dizendo com singular sinceridade que *com uma matança no campo de batalha, a nação se defende de seus inimigos externos e com a pena capital, de seus inimigos internos*[101].

16. Em Garofalo estão todos os argumentos que seriam usados pelos totalitarismos e autoritarismos, pois culminava no direito penal idealista, com uma tábua de valores que ele conhecia por pertencer à civilização superior, e que quem desconhecesse devia ser alijado ou morto, se não se pudesse torná-lo inócuo por outros meios. Esse platonismo burdo foi instrumentado politicamente na Alemanha por Nicolai, em 1933, em seu panfleto *A teoria jurídica segundo a lei das raças*[102]. Para Garofalo, a lei segregatória e eliminatória dos delinquentes cumpria na sociedade a função que os darwinistas concediam à seleção natural. Nicolai adotou essa ideia e, defendendo arbitrariamente uma pretensa similitude com o sistema repressivo dos germânicos, deduziu que este último permitiu a seleção que levou a uma *raça superior*, ao eliminar os *elementos degenerados* e impedir que transmitissem suas taras. Sustentou que quanto mais germânico e nórdico for um povo, menor será seu índice de criminalidade. De acordo com Nicolai, a função do direito penal era *a defesa da sociedade de seus elementos corruptores, antivitais e anti-sociais*. Para defender a pureza da raça, propugnava severos castigos aos arianos que contraíssem matrimonio com não-arianos. Naturalmente, Nicolai não podia senão partir da teoria do determinismo biológico, afirmando que a teoria do livre arbítrio e a dos fatores sociais do delito eram elucubrações *judaico-orientais* e *marxistas*.

17. Nem sempre se evidenciam as consequências práticas do *spencerianismo penal* ou *positivismo criminológico* (ou versão criminológica do *darwinismo sociológico*) e a isso se deve que continue vigente o conceito de periculosidade, como se fosse um produto neutro ou inofensivo do discurso, cuja genealogia e sentido parecem cair no esquecimento. O positivismo perigosista representa um nítido retorno ao paradigma organicista e, por conseguinte, à estrutura do *Malleus Maleficarum*, em uma versão na qual o mal cósmico que ameaça a humanidade é sua degeneração biológica ou atraso no processo evolutivo. Ainda na versão spenceriana do racismo, qualquer concessão que obstaculizasse a crueldade linear de sua proposta implicaria um inadmissível

[101] Garofalo, *La criminología*, p. 133.
[102] Nicolai, Helmut, *Die rassengesetzliche Rechtslehre*.

risco de que os *inferiores* controlassem e destruíssem o que os *superiores* haviam conseguido. Em suas interpretações mais transparentes, a desordem e a rebelião expressavam a inferioridade biológica: eram inferiores biológicos os líderes da Comuna de Paris e os anarquistas e, poucos anos depois, a revolução bolchevique seria considerada um produto da decadência genética da humanidade[103]. As consequências desse paradigma organicista se manifestavam com toda clareza e sinceridade no discurso penal do positivismo, tanto em relação às penas quanto no tocante à legitimação do poder punitivo.

18. Quanto às penas, a consequência lógica da concepção biológica resultou nas penas eliminatórias (morte, deportação), na castração e esterilização (de delinquentes e de outros *perigosos*, particularmente doentes mentais). É claro que a responsabilidade por estas penas não pode ser atribuída ao positivismo italiano, mas sobretudo ao spencerismo penal inglês (que inventou a *eugenia* com Galton[104]) e aos antecessores e seguidores franceses de Gobineau, que remontam à psiquiatria racista de Morel (1809-1873)[105]. Sancionaram-se leis de esterilização na maioria dos estados norte-americanos, em algum cantão suíço, na Suécia, na Dinamarca e, muito mais tarde, na Alemanha nazista[106]. Em grande parte isso foi resultante do surgimento da agência médica no sistema penal que, em aliança com as corporações policiais, impôs seu discurso às agências jurídicas. A pugna entre as agências médicas e jurídicas se apresentou com características conjunturais diferentes em cada país[107].

19. O penalismo liberal havia criado um discurso que oscilava entre a legitimação e a limitação do poder punitivo, com a pretensão de deduzir a segunda da primeira, procurando um fundamento único para ambas. Mas o próprio poder punitivo que pretendia limitar inventou as agências policiais, cuja força foi aumentando de modo tão extraordinário que não tardou a superar amplamente as jurídicas e a entrar em competição com as políticas, mas que, desde o princípio, e mesmo antes dos acontecimentos de 1848, com toda a clareza, tinha detectado suas dificuldades operacionais nos limites para agir contra

[103] Segundo Stoddard, Lothrop, em *The Revolt against Civilization*.

[104] Galton, Francis, *Hereditary genius*.

[105] Morel, Bénédict August, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine*, assim como *Traité des maladies mentales*. Sobre os estudos de degeneração na Espanha, Álvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos*, pp. 212 ss.

[106] Podem ser encontrados importantes dados no relato de Saldaña, Quintiliano, *El derecho penal socialista y el Congreso Penitenciario de Berlín*; a neutralidade com que De Veyga, Francisco, trata do tema, em *Degeneración y degenerados*; e um amplo panorama se descortina em Chorover, Stephan L., *Del génesis al genocidio*.

[107] Cf. Darmon, Pierre, Médicos e assassinos na Belle Époque, assim como Harris, Ruth, Assassinato e loucura, e Carrara Sérgio, Crime e Loucura.

as classes *perigosas*[108], suspeitosamente muito similares às que depois seriam formalizadas no confuso discurso da *má vida*[109] *e das doenças populares*[110]. Em determinado momento, tiveram como aliado o poder médico e elaboraram um discurso legitimador do exercício de seu poder o mais amplo que se possa conceber, para o qual arquivaram o paradigma contratualista e retornaram ao organicista, daí ressurgindo a total identificação da pena com a coerção policial e a integração do direito penal e processual penal à criminologia e à criminalística, em um novo modelo pleno que reproduzia o esquema do *Malleus*, segundo o qual o direito penal positivista se lançava à busca livre dos *signos do mal* (*periculosidade*), passando a desprezar a legalidade como um obstáculo formal, a considerar a defesa e a acusação colaboradoras do tribunal (que deviam assisti-lo, a fim de que percebessem melhor os signos e sintomas da periculosidade) e a recomendar a prisão preventiva para qualquer delito. O discurso jurídico tutelar – que havia tornado desnecessária a defesa para crianças e deficientes – transferiu-se para todo o sistema penal porque, na verdade, o delinquente era também inferior (identificação da criança, do selvagem e do delinquente)[111]. Todo limite ao programa policial de eliminação da população molesta e diferente foi considerado um preconceito liberal, e qualquer raciocínio jurídico uma *abstrusidade alemã*. Toda pessoa diferente era tida como perigosa e devia ser *patologizada* e eliminada, inclusive em proveito próprio, porquanto, em virtude de sua inferioridade, não reconhecia o bem que o sistema penal lhe proporcionava. A sociedade tinha de disciplinar-se e homogeneizar-se, sendo o poder punitivo o encarregado a levar a cabo tal empresa civilizadora, ao remover os obstáculos que os atávicos e colonizados colocavam diante do progresso. O direito penal projetou-se em um vácuo de pensamento tão inimaginável que seu rebaixamento ao discurso de corrupção policial foi inevitável. Nunca foi tão certo que *a ciência não pensa* quanto nesse renascimento brutal da *inquisitio*. O discurso jurídico-penal ficou reduzido praticamente a uma combinação da ideologia inquisitorial-policial com o *apartheid*.

[108] Expressão utilizada pela primeira vez por um policial de Paris, Frégier, H. A., *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes*.

[109] Além dos autores citados nesse tema, cf. Ferrero, Ernesto, *Storie nere di fine secolo – La mala Italia*.

[110] Expressão amplamente usada como, por exemplo, em Louis Rénon, *Les maladies populaires*. Para o Brasil, cf. Machado, Roberto *et alii*, Danação da Norma, Rio, 1978, ed. Graal; Chalhoub, Sidney, Cidade Febril, S. Paulo, 1996, ed. Cia das Letras.

[111] Sobre isso, Herren, Rüdiger, *Freud und die Kriminologie*.

II. Versões positivistas com tendência ao pensamento

1. Houve versões que, embora circulando dentro do paradigma positivista da época e inclusive em períodos posteriores, não baixaram tanto o nível de seu conteúdo pensante. É possível assinalar várias[112], mas as mais importante e originais são referentes aos dois positivismos que confluíram no período da *luta de escolas* na Alemanha, quando se enfrentaram a *criminologia positivista*, por um lado, e o *positivismo jurídico*, por outro, cujos expoentes máximos foram, respectivamente, Liszt e Binding. Cabe mencionar também, mais por sua originalidade do que pela pouca transcendência de seu pensamento na época, a interpretação do positivismo feita por Dorado Montero, considerado o representante do positivismo correcionalista espanhol.

2. Franz von Liszt (1851-1919)[113] concebeu uma *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do direito penal), que se encarregaria de três tarefas investigativas: **a)** criminológica – seria a verdadeira, que tinha função científica ou de indagação das causas do delito e do efeito das penas; **b)** político-criminal – seria a tarefa valorativa, que surgia como resultado da científica; **c)** direito penal (dogmática) – seria a pedagógica, que consistia em pôr limites à política criminal[114]. A originalidade de Liszt estava na concepção da dogmática como limitadora da política criminal. De acordo com isso, a política criminal tornava-se legitimada dentro dos limites da dogmática, que era, segun-

[112] Na Itália poder-se-ia mencionar a guinada normativista a cargo de Grispigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, tradIsidoro De Benedetti, e de Florian, Eugenio, *Parte generale del Diritto Penale*. A União Internacional de Direito Penal foi fundada pelo alemão von Liszt, o holandês van Hamel e o belga Prins. Estes últimos também constituem variantes menos destacadas do positivismo. Sobre Gerard Anton van Hamel, van Heijnsbergen, P., *Gescheidenis der Rechtswetenschap in Nederland*, p. 226; Prins, Adolphe, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, assim como *Science pénale et droit positif*. A respeito da União Internacional e seus três fundadores, o número comemorativo da *Revue Internationale de Droit Pénal*, de 1952, publicou artigos com a colaboração de vários autores.

[113] Acerca de Liszt, Schmidt, Eberhard, em *Einführung*, p. 350 ss, assim como em *Fest. f. Julius von Gierke*, Berlim, 1950, pp 201 ss.; em ZStW, 1969, pp. 685 ss, publica-se o *Gedächnisschrift f. Franz von Liszt*, com importantes contribuições; Baumgarten, Arthur, em *Schw.z.f. Str*, 1937, pp. 1 ss; Georgakis, Yannis A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszt*. E sobre sua influência em Radbruch, Martínez Bretones, Virginia, em *Gustav Radbruch – Vida y obra*, pp. 26 ss.

[114] Liszt sintetizou sua ideologia, em 1882, no famoso Programa de Marburgo, de sua autoria: em ZStW, 1883, pp. 1 ss, reproduzido mais tarde em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, pp. 126 ss; (trad. italiana com introdução de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel Diritto Penale*; trad. espanhola de Enrique Aimone Gibson, com revisão técnica e prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *La idea de fin en el Derecho Penal)*.

do as palavras do autor, a *Carta Magna do delinquente*. A pena desempenhava uma função de prevenção especial, mas sempre dentro dos limites dogmáticos. A diferença com o positivismo italiano residia no fato de que, para este, havia unicamente uma causalidade material ou física (monismo), ao passo que, para Liszt, havia duas cadeias causais ou causalidades paralelas: uma física e outra espiritual (dualismo), tendência que se pode remontar a Spinoza e àquela à qual, na Alemanha, o monismo de Haeckel se opunha, e que era muito corrente nessa época, a ponto de ter sido no dualismo que se baseou a primeira psicologia experimental[115]. No plano teórico, ela permitia que Liszt dispusesse de outra causalidade com a qual pudesse limitar a imputação. Tal percepção de Liszt, no que tange a conceber o poder punitivo em confronto com a dogmática penal, é algo que, como já foi dito, se deve resgatar e se acha em plena vigência. Por meio de uma concepção liberal do estado, von Liszt não podia perder de vista o fato de Montesquieu não ser um ingênuo. Não obstante, seu positivismo o impelia a elevar a criminologia ao nível de verdadeira ciência e a reduzir o direito penal ao papel de uma arte prática que se impunha por mera necessidade política. O caráter científico de sua criminologia etiológica legitimava o poder punitivo nela baseado.

3. O principal contraditor de Liszt foi Karl Binding (1841-1920), autor da monumental *Die Normen und ihre Übertretung* (As normas e sua violação)[116], sua obra mais importante. Binding defendia a tese da pena como retribuição e se refugiava no *positivismo jurídico*. Sua crítica ao positivismo criminológico[117] era de uma clareza admirável: *quando os sociólogos consideram o delito em sua danosa consequência social, estão próximos a avaliá-lo como sintoma da periculosidade social de seu autor. Este aparece, portanto, como um deficiente social, um portador de disposição associal ou anti-social e, por isso, como perigoso para o futuro. Tal julgamento de perigo quem faz é a sociedade, cuidando de sua segurança futura: é um julgamento de medo. No entanto, talvez os alienados possam ser perigosos em nível mais elevado do que aqueles que gozam de saúde mental. A grande bipartição jurídica dos homens cai por terra! É óbvio que, assim, a responsabilidade social de Ferri não pode desempenhar qualquer papel. A chamada responsabilidade social de Ferri*

[115] Wundt, Wilhelm Max, *Sistema de la filosofía científica*. Do mesmo autor, *Introducción a la filosofía*.

[116] Além de *Die Normen und ihre Übertretung*, as mais difundidas dentre suas demais obras são: *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Leipzig, com oito edições entre 1879 e 1913), *Handbuch des Strafrechts, e Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht*.

[117] Com o mesmo sentido crítico, Gretener, Xaver, em *Fest. f. Binding*, Leipzig, 1911, I, p. 521; Birkmeyer, Karl, *Studien zu dem Hauptgrunsatz der modernen Richtug im Strafrecht, nicht die Tat, sondern der Täter ins zu bestrafen*. Também de Gretener, *Was lässt von Liszt von Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*.

não é responsabilidade. A imputabilidade, a culpabilidade e a pena de culpabilidade perderam-se irremediavelmente. O chamado culpado transformou-se em um perigoso sem culpa. Porém contra sua periculosidade a sociedade deve proteger-se, e ela o fará com sua intervenção policial em lugar da judicial, contudo disfarçando o mal reputado nome da medida policial junto à antiga dignidade da pena, escondendo desse modo seu horror ao leigo ignorante, impedindo o reconhecimento de sua ruptura radical com o conceito histórico-jurídico. E o certo é que o pobre tem muito mais motivo para aterrorizar-se diante daqueles que lutam contra a periculosidade do que perante os perigosos, isto é, ante os "soi-disant" criminosos! Porque se trata de uma teoria com semelhante desprezo pela personalidade humana em geral, com semelhante inclinação para vitimar no altar do medo milhares de seres humanos de carne e osso, sem contemplação, e baseada nas mais precárias provas, uma teoria de tamanha injustiça e ilimitada arbitrariedade policial, abstraído o presente, não encontrou ela sequazes longe dos anos em que o terror predominou. Se essa teoria tivesse êxito, desencadearia um tempestuoso movimento com o objetivo de conseguir um novo reconhecimento dos direitos fundamentais da personalidade [118].

4. Em sua obra mais importante, Binding desenvolveu com mais amplitude sua famosa *teoria das normas*, que será mencionada aqui reiteradamente. Ao definir aquelas como proibições ou mandados de ação, ele afirmava que o delito se choca com tais proibições e mandados, mas não com a lei penal. Normas são, por exemplo, as do Decálogo, mas estas não pertencem à lei penal nem ali se encontram. Elas são extraídas dos modelos legais, isto é, da lei penal: se se pune o furto, deduzimos que há uma proibição de furtar; se se pune a omissão de socorro, deduzimos que há um mandado de socorrer. Porém nem a proibição nem o mandado (as normas) estão na lei. Daí concluir Binding que aquele que furta ou omite socorro não viola a lei penal, mas sim a cumpre, violando a norma, que se acha fora da lei penal, conhecida por nós através dela. As normas, pela circunstância de estarem fora da lei penal, não perdiam seu caráter jurídico, mas eram os mandados jurídicos que não estavam motivados na ameaça de pena. Binding não admitia a existência de normas penais, mas sim de normas jurídicas, sendo a violação de algumas destas (caráter fragmentário ou descontínuo do direito penal) o que se comina com uma pena.

[118] Binding, *Normen*, II, I, p. 464.

5. Pedro García Dorado Montero (1861-1919)[119] foi professor na Universidade de Salamanca. Sua obra mais difundida é uma recompilação de trabalhos publicados, intitulada *El derecho protector de los criminales*[120]. Em Dorado, deu-se um espetacular cruzamento de influências filosóficas: por um lado, o krausismo recém-importado para a Espanha; por outro, o influxo positivista advindo da Itália; acrescente-se a tudo isso sua inclinação política para o anarquismo, com alguns toques socialistas, e sua originária formação católica, religião que abandonaria depois, embora sem professar um anticatolicismo e, segundo contam, apesar de que o bispo de sua terra o tenha excomungado. Sua vida foi a de um professor universitário permanentemente em Salamanca, distante da política ativa e sem ser um revolucionário prático, pois advertia sempre sobre o perigo das mudanças sociais sem a devida preparação. Esse torvelinho de influências fez de Dorado *o mais coerente dos positivistas*.

6. Justamente ao contrário de Garofalo, Dorado refutou o delito natural, afirmando que todos os delitos são criações políticas; que é o estado quem arvora determinadas condutas em delitos. Por outro lado, proclamava o determinismo: o homem está fadado a praticar certos atos, mas como alguns deles são criminalizadas pelo estado, este não tem qualquer direito a defender-se, quanto mais a educar o homem para que não os pratique. Aí está o contato de Dorado com a correcionalidade: não há responsabilidade penal, há apenas um direito do delinquente a ser recuperado pela sociedade (eis seu famoso *direito protetor dos criminosos*, por meio do qual substituía o direito penal). Era assim que Dorado fazia desaparecer o direito da sociedade a defender-se (defesa social) e, consequentemente, a própria responsabilidade penal, que não era concebível dentro do esquema perigosista e determinista do biologismo positivista. Sua coerência era impecável, de vez que, partindo dos mesmos postulados positivistas – só que sem pretender que a comprovação empírica de dados indicasse valores ou desvalores, conforme desejava o positivismo italiano – chegava a um resultado exatamente inverso a este último. A proposta não poderia ser mais clara: porque o estado quer proibir determinados atos e os homens não são livres, mas estão determinados para praticá-los, os homens devem ser recuperados ou edu-

[119] Sobre esse autor, Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *El centenario del nacimiento de Dorado Montero*. Cf. ainda seu prólogo de *Bases para un nuevo Derecho Penal*, de Dorado Montero. Vários autores colaboraram com artigos, por ocasião da *Homenage a Dorado Montero*, na *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madri, 1971; Antón Oneca, José, *La utopía penal de Dorado Montero*.

[120] Além dessa obra, escreveu: *Nuevos derroteros penales*; *Problemas de Derecho Penal*; *Valor social de leyes y autoridades*; *Contribución al estudio de la historia primitiva* (*El Derecho Penal en Iberia*). A bibliografia de Dorado, em Bernaldo de Quiroz, Constancio, prólogo a Dorado Montero, *Naturaleza y función del Derecho* (obra póstuma); Antón Oneca, José, op. cit., pp. 24 ss.

cados para não incorrer neles, não sendo este um direito do estado, mas sim dos homens que vivem em sociedade. Daí o nome com o qual sua teoria é conhecida: o *direito protetor dos criminosos*.

7. Dorado Montero foi uma alma generosa, de castelhana fidalguia vizinha da ingenuidade. Atacava o *nullum crimen sine lege*, não porém para defender o direito penal autoritário, e sim por conceber uma grande mudança social, em que o delinquente fosse tratado na condição de um ser necessitado e a punição como um direito subjetivo. Ante semelhantes ideias, não é possível ignorar sua generosidade, assim como seus riscos teóricos. Se Dorado tivesse vivido vinte anos mais, por certo teria retificado seu pensamento, apavorado diante da realidade. Entretanto, é sumamente interessante sua posição a respeito da justiça, de nítido cunho anarquista: *a justiça é uma modalidade da força e da prepotência; e a injustiça ou delito é uma rebeldia abortada contra a imposição da força prepotente e uma manifestação de fraqueza real. A diferença entre delito e pena consiste em que os ataques delituosos dos criminosos são feitos por pessoas que não têm força suficiente para impor-se aos demais*[121]. A partir dessa noção de identidade de males entre delito e pena estabelece-se a condição de proporcionalidade.

III. A crise do positivismo

1. Em 1890 o mundo moderno sofreu sua primeira grande crise econômica[122]. Essa recessão começou a pôr em dúvida a linearidade do progresso. Alguns anos depois, o Japão surgiu desempenhando um papel de peso nas decisões mundiais; aliás, era a primeira vez que uma potência asiática adquiria tal importância. A guerra de 1914-1918 mudou o mapa da Europa; esta perdeu uma primazia até então indiscutível, e caiu uma ordem que se considerava assentada e inalterável, restando vencedores e vencidos submersos em um desastre crítico. A perda de confiança na progressividade linear, que foi se acentuando à medida que os acontecimentos se sucediam, teve seu reflexo científico-social, ou seja, houve a introdução dos conceitos sistêmicos na sociologia graças a Émile Durkheim (1855-1917)[123], o que implicava uma importante mudança quanto ao organicismo positivista: já não se tratava da imagem de um organismo que expulsa células doentes mecanicamente, senão que o delito, visto como fatalidade social a partir da totalidade da sociedade, do mesmo modo que outros fenômenos sociais, apresenta também uma função positiva, que consiste em fortalecer

[121] Dorado Montero, Pedro, *El derecho protector de los criminales*, I, pp. 24 e 25.
[122] Cf. Niveau, Maurice, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*.
[123] Durkheim, Émile, *De la division du travail social*; *Les règles de la méthode sociologique*; *Le suicide. Étude de sociologie*.

a consciência coletiva, mediante o repúdio que provoca. Apesar de, com Durkheim, não se abandonar por completo o paradigma organicista, em razão da tendência de todo funcionalismo sistêmico a suscitar respostas análogas às organicistas, o certo é que ele se afastava notoriamente do maniqueísmo positivista (análogo ao do *Malleus*) e da certeza em que se baseava sua crueldade genocida. Entretanto, o positivismo penal já havia se difundido, sobretudo na versão ferriana[124], e seu retrocesso demorou muitos anos em transferir-se da filosofia[125] para o direito penal[126], sendo duvidoso que o tenha feito por completo.

2. No entanto, não foi só na ciência social que se produziu a crise. O positivismo era um paradigma que se baseava na física de Newton[127] e, alguns anos mais tarde, esta entrou em crise e a física começou a sofrer transformações insuspeitáveis. A filosofia deu início à cura de sua saúde, fazendo distinção entre tempo existencial e tempo físico, mas não pôde tampouco evitar as consequências de que, a partir da própria física, se admitisse, sem pestanejar, que o tempo se curva em vários sentidos diante de focos de altíssima gravitação e que

[124] Merecem ser lembrados: o trabalho de divulgação de Lombroso, feito por Luis María Drago, em *Los hombres de presa*; a conhecida obra de José Ingenieros, *Criminología*; Norberto Piñero, professor titular desde 1887 (suas anotações de aula: Romañach, A. e Miranda Naón, C., *Apuntes de Derecho Penal*); Osvaldo Piñero, *Derecho Penal – apuntes tomados en la Facultad de Derecho al profesor de la materia por C.A.A.*; Bunge, Carlos Octavio, *Casos de Derecho Penal*, p. XLI; Gómez, Eusebio, em *Criminología argentina* e em *Tratado*; Moyano Gacitúa, Cornelio, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal argentino*; é também autor de *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías*; Areco, Horacio P., *Psicología legal*; Montes de Oca, M.A., *Represión*; Pavón, Cirilo, *La defensa social*, p. 35; Ramos, Juan P., *Curso*; Laplaza, Francisco P., em *Criminalia*, México, 1941; Silva Riestra, Juan, *Evolución de la enseñanza del Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires*. Há também uma obra bem mais ponderada de Antonio Dellepiane, *Las causas del delito*. Sobre seus efeitos no país, Cuevas del Cid, Rafael, *Introducción al estudio del Derecho Penal*, p. 264; Romero, Gladys, *El control social del "estado peligroso"*; Vezzetti, Hugo, *La locura en la Argentina*; Salvatore, Ricardo, *Criminología positivista, reforma de prisiones, y la cuestión social obrera en Argentina*.
[125] No tocante à filosofia, Rivarola, Rodolfo, em *Escritos filosóficos* (cf. os sucessivos programas da cadeira de Ética), provou estar se afastando dessa corrente. Sobre o referido autor, Velasco, Leopoldo, *La vida y obra del maestro Dr. Rodolfo Rivarola*; Farré, Luis, *Cincuenta años de filosofía en Argentina*, pp. 45 ss. Seu adversário filosófico mais enérgico foi Korn, Alejandro, *Obras*; Salazar, Daniel A., *Libertad y creación en los ensayos de Alejandro Korn*; há uma bibliografia indicada por Farré, Luis, p. 101.
[126] Embora tenha havido um pioneiro a defender as concepções antropológicas liberais (Lozano, Godofredo, *La escuela antropológica y sociológico-criminal*, La Plata, 1889), ele passou despercebido. A reação definitiva iniciou-se com Soler, Sebastián, *Exposición y crítica a la teoría del estado peligroso*, em franca polêmica (p. 190) com Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*.
[127] O próprio Ferri, em seus últimos anos de vida, precatou-se do naufrágio do positivismo e procurou manter distância dele, afirmando que o positivismo penal não dependia do filosófico: Ferri, Enrico, em *Revista Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss; em *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Turim, 1925, III.

as contemporâneas cosmologias macrofísicas apresentassem limites curvos e universos interpenetrados. O certo é que o ser humano não consegue vivenciar tais cosmologias nem fugir do conceito linear do tempo, nem sequer do espaço euclidiano, embora talvez tudo isso seja a abertura para a superação da vingança, não isenta de perigos irracionalistas nem de quedas abruptas do pensamento, análogas ao positivismo perigosista.

CAPÍTULO IX

O IMPULSO PENSANTE E SEUS OBSTÁCULOS

AA.VV., *Hommage a Marc Ancel*, Paris, 1975; AA.VV., *Zona abierta*, 70-71, *La teoría de los sistemas autorreferenciales*, Madri, 1995; Adorno, Theodoro, *Dialéctica negativa*, Madri, 1992; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica y otros estudios penales*, Bs. As, 1952; Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, en Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 473 ss.; Alexander, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas desde la II Guerra Mundial*, Barcelona, 1984; Ancel, Marc, *La réforme pénal soviétique*, Paris, 1962; Anderson, Perry, *La cultura represiva. Elementos de la cultura nacional británica*, 1977, Barcelona; do mesmo, *Modernidad y Revolución*, em *El cielo por asalto*, nº 4, 1992; também, *Tras las huellas del materialismo histórico*, Madri, 1986; *Una cultura a contracorriente*, em *Zona Abierta*, nº 57/58, 1991, pp. 139 ss.; Anossov, J.J., *L'analogia nel diritto penale*, em *Giustizia penale*, 1934, pp. 171 ss.; do mesmo, *Ancora sull'analogia*, *ibidem*, 1935, pp. 201 ss.; Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, 1991; Ayer, A.J., *El positivismo lógico*, México, 1965; Ballweg, Ottmar, *Zu einer Lehre von der Natur del Sache*, Basileia, 1960; Baratta, Alesandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discusioni negli ultimi dieci anni*, em *An. Bib. di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 227 ss.; do mesmo, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bolonha, 1982; também, *Por una teoria materialista de la criminalidad y del control social*, em *Estudios Penales y Criminológicos*, Sgo. de Compostela, 1989; *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, Bogotá, 1989; *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, em *La Questione Criminale*, Bolonha, jan-abr 1975, pp. 7 ss.; *Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, em *DP*, 1987, pp. 623 ss.; Baratta, Alessandro, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, em *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 173 ss.; *Juristische Analogie und Natur der Sache*, em *Fest. f. E. Wolf*, Frankfurt, 1972, pp. 137 ss.; Bassiouni, M. Cherif – Vetere, Eduardo, *Organized Crime. A Compilation of N. U. Documents 1975-1998*, New York, 1998; Batista, Nilo, *Política criminal com derramamento de sangue*, em *Hom. al Prof. Dr. Jorge Frías Caballero*,

La Plata, 1998, pp. 75 ss.; Bayardo Bengoa, Fernando, *Protección penal de la Nación*, Montevideo, 1975; Beato, Fulvio, em De Nardis, Paolo, *Le nuove frontiere della sociologia*, Roma, 2000, pp. 343 ss.; Beck, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; do mesmo, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, 1998; Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madri, 1977; do mesmo, *The End of Ideology*, Glencoe, 1960; também, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madri, 1976; Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bolonha, 1989; Bergalli, Roberto – Resta, Eligio, *Soberanía: Un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona, 1996; Berman, Marshall, *Brindis por la modernidad*, em *El debate modernidad-postmodernidad*, Buenos Aires, 1989; do mesmo, *Porqué aún importa el modernismo*, *El cielo por asalto*, nº 4, 1992; também, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*, Madri, 1988; Bertalanffy, Ludwig von, *Teoría general de los sistemas, elementos, desarrollo, aplicaciones*, México, 1976; Bettiol, Giuseppe, *Scritti giuridici*, Pádua, 1966; *Scritti Giridici 1966-1980*, Pádua, 1980; *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.82, a cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani*, Pádua, 1984; *El problema penal* (trad. J.L.Guzmán Dálbora, prólogo de M. de Rivacoba y Rivacoba), Bs. As., 1995; *Sulla "nuova difesa sociale" considerata da un punto di vista cattolico*, em *Estudios Penales* (Hom. a J. Pereda), Bilbao, 1965, pp. 111 ss.; Bianchi, Hermann, *Hacia un derecho penal privado*, em *Concilium*, 1975; do mesmo, *Abolition: assensus and sanctuary*, em Bianchi-van Swaaningen, *Abolitionism*, Amsterdam, 1986; do mesmo, *Alternativen zur Strafjustiz*, Munique, Mainz, 1988; Blakeley, Thomas, *La escolástica soviética*, Madri, 1969; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, *Las escuelas de Kiel y de Marburgo y la doctrina penal nacionalsocialista*, em *Criminalia*, X, pp. 235 ss.; Bochenski, I., *El materialismo dialéctico*, Madri, 1976; Boffa, Giuseppe, *Storia dell'Unione Sovietica*, Milão, 1979; Bordieu, Pierre, *Sociología y Cultura*, México, 1990; do mesmo, *Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, 1997; Borradori, Giovanna, *Conversaciones filosóficas. El nuevo pensamiento norteamericano*, Bogotá, 1996; Braum, Stefan, *La investigación encubierta como caracterísitca del proceso penal autoritario*, em Romeo Casabona, Carlos María (org.), *La insostenible situación del derecho Penal*, Granada, 2000; Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, Madri, 1991; Buchanam, James M.- Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Barcelona, 1993; Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos y democracia en América Latina*, Bogotá, 1996; Campbell, Tom, *Siete teorías de la sociedad*, Madri, 1988; Cárcova, Carlos, *La opacidad del derecho*, Madri, 1998; Carracedo, José Rubio, *Paradigmas de la política: del estado justo al estado legítimo (Platón, Marx,*

Rawls, Nozick), Barcelona, 1990; Carrara, Francesco, *Opuscoli di Diritto Criminale*, 4ª ed., Prato, 1885; Carvalho, Salo de, Pena e Garantismo, Rio, 2001, ed. L. Juris; Casahuga, Antoni, *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Barcelona, 1985; Castello Branco, Eurico, Dos Crimes contra a Segurança Nacional, Rio, 1971, ed. J. Konfino; Cerezo Mir, José, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, em *Rev. Gral. De Leg. y Jurisp.*, Madri, 1961, pp. 72 ss.; Cerroni, Umberto, *Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic. Teorie sovietiche del diritto*, Milão, 1964; Cesoni, M.L., *Organisation de type mafieux: la restauracion des droit comme politique de prèvention*, em *Revue de Droit penal et de criminologie*, 1999, pp. 320 ss.; Cohen, G. A., *Karl Marx's theory of History*, Oxford, 1978; Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire en Amerique Latine*, Paris, 1977; Coser, Lewis A., em Coser and Rosenberg, *Sociological Theory*, New York, 1960; do mesmo, Coser, Lewis A., *The function of social conflict*, New York, 1956 (*Las funciones del conflicto social*, México, 1961); também, *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*, Bs. As., 1970; Currie, Elliott, *Market, crime and community: Toward a mid-range theory of post-industrial violence*, em *Theoretical Criminology*, 1997/2, pp. 147 ss.; Christie, Nils, *Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale*, Turim, 1985; do mesmo, *Los límites del dolor*, México, 1971; do mesmo, *Conflicts as property*, em *The Britisch Journal of Criminology*, 17, 1, 1977; também, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, 1993; Dahm, Georg – Schaffstein, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburgo, 1933; dos mesmos, *Grundfragen der neuen Strafreechtswissenschaft*, Berlim, 1935; também, *Gegenewertsfragen d. Strafrechtswissenschaft*, Berlim, 1936; *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlim, 1938; Dahm, Georg, *Naziolasozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlim, 1935; do mesmo, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; também, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlim, 1935; *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hamburgo, 1935; Dahrendorf, Ralph, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madri, 1962; do mesmo, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Barcelona, 1990; também, *Sociología del poder*, Bs. As., 1991; De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, 1998; Deleuze, Gilles – Guattari, Felix, *El anti-Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, 1973; Deleuze, Gilles, *Foucault*, México, 1991; do mesmo, *Postdata sobre las sociedades de control*, em *El Lenguaje libertario. Antología del pensamiento anarquista contemporáneo*, C. Ferrer (org.), Bs. As., 1999, pp. 105 ss.; Delmas-Marty Mireille, *Le flour de Droit*, Paris, 1986; Denninger, Erhard, *Der Präventionsstaat*, em *Kritische Justiz*, 1998, pp. 1 ss.; Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Madri, 1994; Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro. Cuarenta y cinco años de filosofía francesa (1933-1978)*, Madri, 1988; Díaz, Elías, *El nuevo contrato social: Instituciones polí-*

ticas y movimientos sociales, em *Crisis y futuro del estado de bienestar*, Madri, 1989, pp. 227 ss.; do mesmo, *La crisis de legitimación del derecho y del estado actual*, em *Estudios de Deusto*, v. 37/2, fasc. 83, 1989, Bilbao, pp. 383 ss.; Dinacci, Ugo, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Nápoles, 1984; Domínguez, Carlos Horacio, *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva*, Buenos Aires, 1980; Donnedieu de Vabres, H., *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, 1938; Downes, Davide – Morgan, Rod, *La politica criminale dei partiti britannici del dopoguerra*, em *DDDP*, 1993/3, pp. 43 ss.; Dworkin, Ronald M. (org.), *Filosofía del Derecho*, México, 1980;do mesmo, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984; também, *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988; *Etica privada e igualitarismo político*, Barcelona, 1993; Eagleton, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, Bs.As.,1997; Elias, Norbert, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Bs. As., 1993; Engisch, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, Munique, 1971; do mesmo, *Der finale Handlungsbegriff*, em *Fest.f.Kohlrausch*, pp. 141 ss.; Equipe SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional*, Salamanca, 1980; Escobedo, Gennaro, *Ancora sull'analogia nel diritto penale sostanziale*, na mesma, 1934, pp. 189 ss.; Fabiani, Jean-Louis – Theys, Pacques, *La societé vulnérable. Evaluer et maitriser les risques*, Paris, 1987; Farrell, Martín, *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, 1985; Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956; Fernández, Eusebio, *El iusnaturalismo*, em Garzón Valdés, E. – Laporta, F. (orgs.), *El derecho y la justicia*, Madri, 1996, pp. 55 ss.; Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*; Carvalho, Salo de, Pena e Garantismo, Rio, 2001, ed. L. Juris; Ferri, Enrico, *La justicia humana*, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; do mesmo, *Scuola positiva e filosofia idealista*, em *Difese penali e studi di Giurisprudenza*, III, Turim, 1925; Fiandaca, G. -Musco E., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, em RIDPP, 1994, p. 34; Fourier, Ch., *La armonía pasional del nuevo mundo*, Madri, 1973; Freisler, *Nazionalsozialistisches Strafrecht*, Leipzig, 1934; Fukuyama, Francis, *El fin de la Historia y el último hombre*, Barcelona, 1992; Furtado, Celso, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998; Garcia Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Jürgen Habermas*, em *Doxa*, 13, 1993, pp. 235 ss.; Garzón Valdés, Ernesto, *Introducción*, em *Derecho y Filosofía*, Barcelona, 1988; do mesmo, *Derecho y "Naturaleza de las cosas"*, Córdoba, 1971; Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madri, 1994; Giménez Alcover, Pilar *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1993; Giorello, Giulio y Mandadori, Mario, *El utilitarismo como filosofía del cambio*, em *Zona Abierta*, 32, Madri 1984, pp. 101 ss.; Girard, René, *El chivo expiatorio*, Barcelona, 1986; Giunta, Fausto, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, em *L'effettivitá della sanzione

penale*, Milão, 1998, pp. 26 ss.; Gouldner, Alvin W., *La sociología actual. Renovación y crítica*, Madri, 1979; Gramatica, Filippo, *Principii di difesa sociale*, Pádua, 1961; do mesmo, *La défense sociale*, Tessalônica, 1966; Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la carcel*, nº 2, *Materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*; Graven, Jean, *Le Droit Pénal soviétique*, Paris, 1948; Gruchmann, Lother, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, Munique, 1988; Habermas, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, 1994; do mesmo, *El discurso filosófico de la modernidad*, Buenos Aires, 1989; também, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, 1991; *Pensamiento postmetafísico*, Madri, 1990; *El discurso filosófico de la modernidad*, Madri, 1989; *La modernidad, un proyecto incompleto*, em *La posmodernidad*, Barcelona, 1985; *Faktizität und Geltung, Beiträge des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1992 (*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, 1997); *La lógica de las Ciencias sociales*, Madri, 1988; *Perfiles filosóficos-políticos*, Madri, 1975; *Teoría de la acción comunicativa*, Madri, 1987; também, *Teoría de la acción comunicativa, complementos y estudios previos*, Madri, 1989; Hamilton, Peter, *Talcott Parsons*, Bolonha, 1989; Hart, H. – Dworkin, D., *La decisión judicial*, Bogotá, 1998; Hart, H.L.A., *Utilitarismo y derechos naturales*, em *Anuario de Derechos Humanos*, Madri, 1982; Hartmann, Nicolai, *Ethik*, Berlim, 1949; *Introducción a la filosofía*, México, 1969; também, *Autoexposición Sistemática*, trad. B. Navarro, México, 1964, ed. Un.Aut. México; Hassemer, Winfrid, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, em *Nuevo Foro Penal*, nº 51, 1991, p. 17; do mesmo, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre, 1993; Heidegger, Martin, *Introducción a la metafísica*, Barcelona, 1997; Heráclito, *Fragmentos*, Buenos Aires, 1983; Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madri, 1986; Herrnstein, Richard J. – Murray, Charles, *The Bell Curve, Inteligence and class structure in american life*, New York, 1994; Herzog, Felix *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche daseinsorge. Studien zur Vorverlegung des strafrechtsschutzes in der gefährdungsbercich*, Heildelberg, 1991; do mesmo, *Algunos riesgos del derecho penal de riesgo*, em *Revista Penal*, 4, Salamanca, 1999, pp. 55 ss.; Hirschman, *Los conflictos sociales como pilares de la sociedad de mercado democrática*, em *La Política*, nº 1, Bs. As., 1996, pp. 97 ss.; Hobsbawn, Eric, *Historia del siglo XX*, Barcelona, 1997; do mesmo, *Intervista sul nuovo secolo*, Roma- Bari, 1999; Hönigswald, R., *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, 1925 (existe uma reimpressão, Darmstadt, 1965); Horkheimer, Max – Adorno, Theodor, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, 1987; Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, 1973; do mesmo, *Teoría crítica*, Barcelona, 1971; também, *Sociedad en transición: estudios de filosofía social*, Barcelona, 1976; Huber, E.R., *Verfassung*, Hamburgo, 1937; Hulsman,

Louk – Bernat de Celis, Jacqueline, *La apuesta por una teoría de la abolición del sistema penal*, em *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, n°. 3, 1989, pp. 19 ss.; do mesmo, Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão, trad. M. L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam; também, *Abolire el sistema penale? (com a participação de Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Pio Marconi, Realino Marra, Massimo Pavarini)*, em *Studi di teoria della pena e del controllo sociale, a cura di M. Pavarini*, Bolonha, 1987, pp. 305 ss.; Israel, Girgio – Nastasi, Pietro, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Bolonha, 1998; Izuzquiza, Ignacio, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990; Jacoby, Russell – Gluberman, Naomi (orgs.), *The Bell Curve Debate, History, documents, opinions*, New York, 1995; Jaeger, Werner, *Paideia, Los ideales de la cultura griega*, México, 1971; Jakobs, Günther, *Ciencia del derecho ¿técnica o humanística?*, Bogotá, 1996; Jameson, F., *Ensayos sobre el posmodernismo*, Bs. As., 1991; do mesmo, *Teoría de la postmodernidad*, Valladolid, 1996; Jay, Martin, *La imaginación dialéctica. Una historia de la escuela de Frankfurt*, Buenos Aires, 1991; Jescheck, H.H., *Entre dogmatisme et pragmatisme: l'évolution des expériences contemporaines de codification et des practiques législatives*, em *Les systèmes compareés de justice pénale: de la diversité au rapprochement*, Paris, 1998, pp. 461 ss.; Johnson, Harry M., *Sociología. Una introducción sistemática*, Bs. As., 1968; Kaiser, Günther, *Abolitionismus – Alternative zum Strafrecht? Was läbt der Abolitionismus übrig?* em *Fest. f. Karl Lackner*, Berlim, 1987, pp. 1027 ss.; Karam, Maria Lúcia, *A esquerda punitiva*, em DS-CDS, n° 1, 1996, p. 79 ss.; Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, 1965; Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del derecho de Carl Schmitt*, Barcelona, 1989; Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madri, 1995; Kempermann, Eugen, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Ein Beitrag zur Revolution d. strafrechtl. Dogmatik*, Berlim, 1934; Kern, Lucian - Müller, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, Barcelona 1992; Klee, Karl, *Das Problem der Sicherungsstrafe*, em *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935, pp. 485 ss.; Köning, René, *Sociología*, Bs. As., 1963; Krawietz, Werner, *Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho*, em *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, México, 1992; Krylenko, *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht*, Viena, 1927 (*La politique des Soviets en matiére criminelle*, Paris, 1943); trad. do projeto, Conrado Perris, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1769 ss.; La Spina, Antonio, *Funzionalismo o neoformalismo nell'interpretazione del diritto: teoría sistémica o ideología?* em *Sociologia del Diritto*, Milão, 1998/1, p. 59 ss.; Ladeur, Karl-Heinz, *Superamento della complesittá attraverso la capacità de apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizione del postmoderno. Una crítica alla teoría giurídica del discorso de Jürgen Habermas*, em *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1996, pp. 480 ss.; Laqueur, Walter, *La Repubblica di Weimar*, Milão, 1974; Larrauri Pijoan, Elena, *Feminismo y multiculturalismo*, em *Análisis del código penal desde la perspectiva del género*, Bilbao, 1998, p. 35 ss.; da mesma, *Control informal: las penas de las mujeres*, em *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Madri, 1994, p. 1 ss.; da mesma, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista* em *Poder y control*, n°. 3, 1987, pp. 95 ss.; Lea, John, *Criminología e postmodernitá*, em DDDP, 1994/3, pp. 14 ss.; Leyret, Henry, *Les jugements du Président Magnaud réunies et commentés*, Paris, 1904; trad. Dionisio Díez Enriquez, Madri, 1909; Lima Rodrigues, Oswaldo, O Crime Político e a Lei de Segurança Nacional, Maricá, 1973; também, O Direito de Segurança, Maricá, 1972; Lucchini, Luigi, *La giustizia penale nella democrazia*, Bolonha, 1889; Lüderssen, Klaus, *Abschaffen des Strafrechts?*, Frankfurt, 1995; Luhmann, Niklas – de Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, 1993; Luhmann, Niklas, *El sistema jurídico y dogmática*, Madri, 1983; também, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Bs. As., 1973; *Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeine Theorie*, Frankfurt, 1993; *Introducción a la teoría de los sistemas*, México, 1996; *Sociedad y sistema: La ambición de una teoría*, Barcelona, 1999; *La autopoiesis de los sistemas sociales*, em *Zona Abierta*, 70/71, 1995; *El derecho como sistema social*, em *No hay derecho*, Bs. As., ano V, n° 11, 1994, p. 29 ss.; *Poder*, Barcelona, 1995; Lukacs, Georg, *El asalto a la razón, La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, México, 1983; Lukes, Steven – Scull, Andrew, *Introduction* em *Durkheim and the law*, Oxford, 1983; Lyotard, Jean Françcois, *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, Barcelona, 1989; Mack, Raymond – Snyder, Richard C., *El análisis del conflicto social, Hacia una revisión y síntesis*, Bs. As., 1974; Machado, Roberto, Foucault – a filosofia e a literatura, Rio, 2000, ed. Zahar; Machiavelli, Niccolò, *Opere di Noccolò Machiavelli scelte da Giuseppe Zirardini*, Paris, 1851; Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco y el método técnico jurídico*, Bs. As., 1961; Maihofer, Werner, *Recht und Sein*, Frankfurt, 1954; do mesmo, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963; Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*, Madri, 1970; do mesmo, *El hombre unidimensional*, Madri, 1971; também, *El final de la utopía*, Barcelona, 1968; Martindale, Don, *La teoría sociológica, Naturaleza y escuelas*, Madri, 1979; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Bogotá, 1990; Martyniuk, Claudio Eduardo, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas. Tres posiciones epistemológicas en las ciencias sociales*, Bs. As., 1994; Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswiss. der zwanziger und dreissiger Jahre*, Berlim, 1975; Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*, Oslo, 1974; do

mesmo, *The politics of abolition*, em *Contemporary Crises*, n° 10, 1986, pp. 81 ss.; do mesmo, *Prison on Trial*, Londres, 1990; Maturana R., Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*, v. I *Fundamentos biológicos de la realidad*, v. II *Fundamentos biológicos del conocimiento*, Barcelona, 1995; Maurach, R., *Die gegenwärtige Situation der sowjetischen Kriminalpolitik*, em *Österreichische Osthefte*, 5, 1960; do mesmo, em *Z. f. osteuropäisches Recht*, 12, 1937, pp. 737 ss.; Mayer, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903; do mesmo, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937; McCarthy, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Madri, 1987; do mesmo, *Reflexión sobre la racionalización en La teoría de la Acción Comunicativa*, en Anthony Guiddens, Jürgen Habermas *et alii*, *Habermas y la modernidad*, Madri, 1991, pp. 277 ss.; McIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, 1987; do mesmo, *Historia de la ética*, Barcelona, 1991; Mezger, Edmund, *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW, 1938, pp. 675 ss.; do mesmo, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlim-Munique, 1950; Moccia, Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni posmoderne e riflussi iliberali*, em RIDPP, 1995, p. 343; Montealegre, Hernán, *La seguridad del estado y los derechos humanos*, Sgo. de Chile, 1979; Mosconi, Giuseppe, *La pena e la crisi*, em DDDP, 1994/3, pp. 59 ss.; Moya Espí, Carlos, *Sociología crítica norteamericana: C. W. Mills*, Valencia, 1979; Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen. Die umbewältigste Vergangenheit unserer Justiz*, Munique, 1989; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, 1985; Murillo, Susana, *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Bs. As., 1996; Napolitano, Tomaso, *Evoluzione del diritto penale sovietico dal 1919 ai nostri giorni*, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1065 ss.; do mesmo, *Il nuovo Codice Penale Sovietico, I principii e le innovazioni*, Milão, 1963; Navas, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Pamplona, 1989; Nino, Carlos S., *Etica y derechos humanos*, Buenos Aires, 1989; do mesmo, *Kant versus Hegel, otra vez*, em *La Política, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*, n° 1, Bs. As., 1996; também, *Liberalismo versus comunitarismo*, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madri, 1988; Niño, Luis Fernando, *Estructura, sistema y control social: ¿réquiem para el derecho penal demoliberal?*, em *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer mileno*, Montevideo, 1998; Nove, Alec, *Historia económica de la Unión Soviética*, Madri, 1973; Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, 1990; O'Connor, James, *The fiscal Crisis of the State*, New York, 1973 (em castelhano, *La crisis fiscal del estado*, Barcelona, 1981); Orano, Paolo, *Inchiesta sulla razza*, Roma, 1939; Palazzo, Francesco, *Legislazione penale*, separata do *Dizionario storico dell'Italia Unita, a cura di Bruno Bongivanni e Nicola Tranfaglia*, Roma, 1996; do mesmo, *A proposito di Código Penale e leggi speciali*, em *Questione giustizia*, n° 2, 1991,

pp. 314 ss.; também, *La recente legislazione penale*, Pádua, 1985; *Certezza del diritto e codificazione penale*, em *Politica del Diritto*, 1993, 3, pp. 365 ss.; Pannaralle, Luigi, *Il rischio della pena*, em DDDP, n° 1, 1998, Nápoles, p. 86; Parsons, Talcott, *The social system*, New York, 1966 (1ª ed., 1951); do mesmo, *La sociedad; perspectivas evolutivas y comparativas*, México, 1986; também, *El sistema de las sociedades modernas*, México, 1987; Passetti, Edson – Dias da Silva, Roberto B. (org.), *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, São Paulo, 1997; Pasukanis, Eugenij B., *La teoria generale del diritto e il marxismo*, em Guastini, Riccardo, *Marxismo e teoria del diritto. Antologia di scritti giuridici*, Bolonha, 1980; Pavarini, Massimo, *Note sulle concezione amministrative e tecnocratiche della penalità*, em DDDP, 1994/3, pp. 157 ss.; Pavón Gómez, Gerardo, *La teoría del conflicto en la perspectiva criminológica*, em *Revista del Col. de Abogados Penalistas del Valle*, n° 21-22, Cali, 1989, pp. 187 ss.; Peñaranda Ramos, Enrique – Suárez González, Carlos J. – Cancio Meliá, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, em Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997; Pérez Pinzón, Alvaro O., *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, 1989; Perris, Corrado, *Le nuove teorie penali della Rusia Sovietica*, em *Scuola Positiva*, 1931; Pinto, Mônica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., 1997; Prigogine, Ilya, *El fin de las certidumbres*, Sgo. de Chile, 1996; Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellsachaft*, Frankfurt, 1993; Quirico, Mônica, *Capro espiatorio, politiche penali, egemonia*, em DDDP, 1993/1, p. 115; Rabl, Kurt, *Gefährdungsvorsatz*, Breslau, 1933; Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*; *Gerechtigkeit und Gnade*; *Gesetzliches und übergesetzliches Recht;* todos em sua *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, 1979; do mesmo, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madri, 1986; *Las libertades fundamentales y su prioridad*, em *Libertad, igualdad y derecho*, Barcelona, 1988; *Sobre las libertades*, Barcelona, 1990; *El derecho de gentes*, em *De los derechos humanos*, Valladolid, 1998, pp. 49 ss.; Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y "lógica razonable"*, México, 1971; do mesmo, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963; Resta, Eligio, *La legalità apparente*, em DDDP, 1994/3, pp. 101 ss.; Rex, John, *Key problems in Sociological Theory*, Londres, 1961; Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*, em *Gazzetta Ufficiale*, de 26.out.1930; Rorty, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madri, 1989; do mesmo, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, 1991; também, *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos, Escritos Filosóficos 2*, Barcelona, 1993; *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*, em *Batallas éticas*, Buenos Aires, 1995; *Objetivity, Relativism and Truth*, 1991; Rostand, Jean, *La*

herencia humana, Bs. As., 1961; Roxin, Claus, *Ha un futuro il diritto penale?*,
em *Critica del Diritto*, nº 4, 1998, pp. 232 ss.; Rüthers, Bernd, *Entartetes
Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, Munique, 1988; Saint
Victor, Paul de, *Las dos carátulas. Historia del teatro griego y de las grandes
épocas del arte teatral*, Buenos Aires, 1952; Sampay, Arturo Enrique, *Carl
Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Bs. As., 1965; Sánchez Romero,
Cecilia-Houed Vega, Mario Alberto, *La abolición del sistema penal, Perspec-
tiva de solución a la violencia institucionalizada*, San José, 1992; Sauquillo
González, Julián, *Michel Foucault, Una filosofía de la acción*, Madri, 1989;
Schaffstein, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1934;
Schambeck, H., *Der Begriff der "Natur der Sache"*, Viena, 1964; Scheler,
Max, *Etica. Nuevo ensayo de fundamentación de un pensamiento ético*, Ma-
dri, 1948; do mesmo, *Il formalismo nell'etica e l'etica dei valori*, Milão, 1944;
também, *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires, 1972; Scherer,
Sebatian, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, em *DDDP*, I, 3,
1983; Schimmler, Bernd, *Recht ohne Gerechtigkeit. Zur Tätigkeit der Berliner
Sondergerichte im Nazionalsozialismus*, Berlim, 1984; Schmitt, Carl, *La defensa
de la Constitución*, Madri, 1983; do mesmo, *Legalidad y legitimidad*, Madri,
1971; *La dictadura*, Madri, 1968; *Teología política*, Bs. As., 1985; *Sobre el
parlamentarismo*, Madri, 1990; *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen
Denkens*, Hamburgo, 1934; *Teoría de la Constitución*, Madri, 1992; *El nomos
de la tierra en el derecho de gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madri,
1979; *El concepto de lo político*, México, 1985; Schreiber, Hans Luwdig, *Die
Strafgesetzgebung im "Dritten Reich"*, em *Recht und Justiz im Drittem Reich*,
Frankfurt, 1989; Sellert, Wolfgang-Rüping, Hinrich, *Studien – und Quellenbuch
zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, t. II, Aalen, 1994; Serrano-
Piedecasas, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la
excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, 1988; Sgubbi,
Filippo, *Il reato come rischio sociale, Ricerche sulle scelte di allocazione
dell'illegalità penale*, Bolonha, 1990; Silva Sánchez, Jesús-Maria, *La expansión
del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades
postindustriales*, Madri, 1999; do mesmo, *Eficiencia y Derecho Penal*, em
ADPCP, 1996, p. 93 ss.; Simmel, Georg, *Estudios sobre las formas de
socialización*, trad. J. Pérez Bances, Buenos Aires, 1939; Smaus, Gerlinda,
Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung, Baden-Baden, 1998;
Souza Neto, Claudio Pereira, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racio-
nalidade Prática, Rio, 2002, ed. Renovar; Steinert, Heinz, *Más allá del delito y
de la pena*, em *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, 1989; Stratenwerth, G.,
Die rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Tübingen, 1957;
Tavares, Juarez, *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*,
em DS-CDS, ano, 2 nº 4, pp. 43 ss.; Terebílov, V., *El sistema judicial en la*

URSS, Moscou, 1977; Terradillos Basoco, Juan, *Función simbólica y objeto de
protección del derecho penal*, em *Pena y Estado*, nº 1, 1991, pp. 22 ss.; Teubner,
Gunther, *O direito como sistema autopoiético*, Lisboa, 1993; Therborn, Göran,
*Ciencia, clase y sociedad. Sobre la formación de la sociología y del materia-
lismo histórico*, Madri, 1980; Thiebaut, Carlos, *Las racionalidades del con-
trato social: Kant en Rawls*, em *Zona Abierta*, 32, Madri, 1984, pp. 117 ss.;
Tjong, Zong Uk, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre
von den "sachlogischen Strukturen" im Strafrecht*, em ARSP, 1968, pp. 411
ss.; do mesmo, *Über die Wendung zur Naturrecht bei Gustav Radbruch*, em
ARS, 1970, pp. 245 ss.; Tocora, Fernando, *Política criminal en América Lati-
na*, Bogotá, 1990; Toron, Alberto Zacharias, Crimes hediondos, o mito da re-
pressão penal, São Paulo, 1996; Vallespín Oña, Fernando, *Nuevas teorías del
Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanam*, Madri, 1985;
van den Haag, Ernest, *Punishing Criminals. Concerning a very old and painful
question*, New York, 1975; van Parijs, Philippe, *¿Qué es una sociedad justa?
Introducción a la práctica de la filosofía política*, Buenos Aires, 1992; van
Swaaningen, René, *Feminismo y derecho penal ¿Hacia una política de
abolicionismo o garantismo penal?*, em *El poder punitivo del estado*, Rosário,
1993, pp. 140 ss.; Varela, Francisco – Maturana, Humberto, *De máquinas y
seres vivos. Autopoiesis:la organización de lo vivo*, Santiago de Chile, 1997;
Vattimo, Gianni – Rovatti, Pier Aldo (eds.), *El pensamiento débil*, Madri, 1990;
Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad (Nihilismo y Hermenéutica en la
cultura posmoderna)*, Barcelona, 1985; do mesmo, *Introducción a Heidegger*,
Barcelona, 1996; também, *La sociedad transparente*, Barcelona, 1990; Vaz,
Paulo, Um Pensamento Infame, Rio, 1992, ed. Imago; Wacquant, Loïc, Punir
os Pobres, Rio, 2000, ed. F. Bastos; Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*,
Tübingen, 1922; Welzel, Hans, *Derecho y ética*, em *Rev. Arg. de Cs. Ps.*, nº 5,
Buenos Aires, 1973; do mesmo, *El nuevo sistema del derecho penal. Una
introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964; também,
Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen, 1962; *Naturrecht und
Rechtspositivismus*, em *Fest.f.Niedermeyer*, Göttingen, 1953; *Das Recht als
Gemeinschftsordnung*, em *Fest.f.H.Henkel*, Berlim, 1974; Wilson, James Q. –
Herrnstein, Richard J., *Crime and human nature*, New York, 1986; Wilson,
James Q., *Thinking about crime*, New York, 1975; Williams, Frank – McShane,
Marilyn, *Devianza e criminalità*, Bolonha, 1999; Wright Mills, Charles, *The
Power elite*, New York, 1956; do mesmo, *White Collar. The American middle
classes*, New York, 1956; também, *La imaginación sociológica*, México, 1974;
Würtenberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutsche
Strafrecthswissenschaft*, 1959; Zaffaroni, E.R., *El sistema contravencional de
la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represivización
material*, em *Criminología crítica, Seminario*, Medellín, 1984, pp. 103 ss.; do

mesmo, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, em NDP, 1999/A, reproduzido em *Direito e Cidadania*, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, 1999-2000; Zaffaroni-Pierangelli-Cervini, *Direito Criminal*, Belo Horizonte, 2000; Zolo, Danilo, *Autopoiesis: crítica a un paradigma posmoderno*, em Zona Abierta, nº 50, Madri, 1989; do mesmo, *I rischi evolutivi della democrazia*, em *Democrazia e diritto*, XXVI, 1986, pp. 15 ss.

§ 23. Modernidade e antimodernidade

I. Modernidade e estado de direito

1. O positivismo perigosista – como ponto culminante da renúncia ao pensamento – havia deixado de expor o problema do estado de direito, questão proibida por sua tosca metodologia policial. O tema teve de ser retomado quando fracassou o discurso legitimador baseado na pretensa *ciência natural*. Entretanto, não se pense que o descrédito do discurso positivisa racista (reducionismo biológico) provocou o incremento do conteúdo pensante por mero efeito mecânico, pois boa parte do saber penal se dedicou à legitimação do poder punitivo com *equivalentes da periculosidade*, porém em discursos que mencionam o estado de direito, inclusive ratificando a necessidade de seu fortalecimento.

2. O estado de direito, *concebido como a contenção do estado de polícia, orientado pelo modelo teórico em que todos os partícipes se submetem por igual à lei*, possui inimigos externos e internos em seu próprio discurso, porquanto, diante da realidade que verifica a disparidade do modelo referente aos estados históricos – que é sua essência dialética – **a**) os *inimigos externos* do discurso o desqualificam como utopia irrealizável, ao passo que **b**) seus *inimigos internos* negam a disparidade (ignoram-na ou excluem-na do discurso) e anulam sua dialética essencial. Paradigmáticos inimigos externos seriam os discursos do *autoritarimo reacionário* (de De Maistre até Schmitt, passando por Spengler), enquanto os internos seriam os *discursos idealistas* (juridicamente traduzidos pela reificação da normatividade), cuja origem está na legitimação artificiosa do poder punitivo inserida nos discursos originários (os chamados hegelianos de direita)[1].

3. O estado de direito é um produto da *modernidade*. A noção de modernidade é filosófica e não meramente política nem muito menos ainda jurídica, o que torna Hegel o inevitável referente ideológico desses posicionamentos, na condição de autor que inaugurou a problematização filosófica da *modernidade*[2]. Trata-se de um conceito não criado por Hegel, mas por ele explicitado como problemático. Sem detrimento de advertir sobre sua excessiva simplificação, é possível esquematizar o debate posterior, até o presente momento, como confronto entre *hegelianos de esquerda*, *de direita* e *anti-hegelianos*: **a**) para os primeiros, a modernidade seria *um projeto ainda não realizado*; **b**) para os

[1] Sobre tal conceito, Habermas, Jürgen, em *El discurso filosófico*.
[2] Habermas, op. cit., pp. 37 ss.

segundos, *já realizado* e **c)** para os últimos, *irrealizável*. Dentro desse esquema, os primeiros estariam propensos a pelo menos *duvidar* da legitimidade da coerção penal; os segundos, a *legitimá-la* no contrato ou em restrita medida; e os últimos, a *retornar* à legitimação corporativa pré-moderna. Tal esquema se complica quando de sua interferência com a filosofia e a política, porque **a)** a ideia de *modernidade* (*filosófica*) foi questionada pelos filósofos (Nietzsche, no século XIX, e Heidegger, no XX), sem possibilidade de transferência mecânica das consequências para a ideia (*política* e *jurídica*) do estado de direito; e porque **b)** o poder político se apropriou dos conceitos e os violou com frequência: a partir da posição do projeto ainda não realizado, chegou-se à negação do estado de direito, como transição necessária à sua realização plena, dando lugar a que de algumas variantes iluministas do hegelianismo de esquerda se passasse, sem solução de continuidade, a formas de estado pouco diferenciadas do estado de polícia pré-moderno (fascismo, nazismo).

4. A combinação do esquema referente ao estado de direito com as posições filosóficas a respeito da modernidade redunda em um quadro mais complexo, embora conserve seus traços classificatórios originários. Dentro deste, cabe distinguir: **a)** uma *reação antimoderna* que provém do pré-modernismo reacionário (*o dever ser deriva do ser*), e outra que, partindo de uma aceitação da modernidade como projeto visionário completo do modelo terminado, não respeita limite algum no caminho revolucionário do ser para o dever ser. Por qualquer uma das duas vias chega-se ao cancelamento do estado de direito e a uma *potentia puniendi* ilimitada. **b)** Por outro lado, da *tradição hegeliana de direita* (a modernidade realizada) desprendem-se todas as correntes que, com diferentes teorias do conhecimento e metodologias, postulam ou omitem considerar o ser, afirmando (ou admitindo tacitamente ou evitando o tema) que o ser é como deve ser, o que conduz a uma ficção de estado de direito e à ideia do *jus puniendi*. **c)** A crítica à modernidade reconhece um *dever ser que ainda não é* e, quanto à sua realização, é mais ou menos prudente, céptica ou otimista. Oscila entre o *jus puniendi* e uma redução da *potentia puniendi*. **d)** Por último, na *pós-modernidade* e como resultado do reconhecimento da não-realização do projeto, há uma espécie de renúncia que *não expõe a problemática do ser e do dever ser* e acaba exigindo a abolição do poder punitivo (*nulla poena*).

5. O conceito de modernidade, tal como Hegel o apresentou, separava o estado da sociedade civil e centralizava a autoridade, regendo-se pela razão que substituía a fé. O fundamento do estado era a liberdade (subjetivação, autoconsciência) que devia concretizar-se nos direitos assegurados pela autoridade. A secularização produzia um esfacelamento em relação às tradições e apelava-se para a razão conciliadora que se encarnava no estado, onde todos os

membros tinham seus direitos reconhecidos, satisfeitos, sem interferir nos direitos alheios. Daí separar-se esse estado da sociedade para evitar a autodestruição e preservar a emancipação que o *Iluminismo* levava consigo. Em Hegel, isso advinha de um forte institucionalismo que o levava a asseverar que *todo o racional é real e vice-versa*. Por meio dessa concepção filosófica bifurca sua vinculação com a formação do capital e a mobilização de recursos, o desenvolvimento de forças produtivas e o aumento da produtividade do trabalho, o monopólio do uso da força física, o exercício de poderes políticos centralizados em um território, a formação das identidades nacionais, a extensão dos direitos de participação política, a secularização de valores e normas, a concentração urbana, tudo sob o pressuposto de um tempo linear aberto a um futuro de liberdade sem opressões e ao progresso sem limites[3].

II. Estados de polícia antimodernos

1. O discurso antimoderno pode remontar-se à ideologia da restauração (De Bonald, De Maistre, Donoso Cortés), mas no século XX, embora seja em parte reiterativo, tentou caminhos relativamente novos. Sem dúvida alguma, a máxima manifestação de antimodernismo foi dada pelo estado nazista alemão, que se nutria, por um lado, das ideologias pré-modernas e, por outro, do positivismo racista. Esse discurso antimoderno (ou pré-moderno renovado) também extraiu dados de filósofos, os quais, apesar de seu cunho marcadamente reacionário, por sua crítica à modernidade – em especial à sua pretensão de realização completa – propiciaram argumentos para a crítica progressista, como Nietzsche e Heidegger[4].

2. O antimodernismo alemão nutriu-se do racismo positivista e dos renovadores de Gobineau que operavam com o mito da *raça ariana*, tudo em um clima de pessimismo civilizatório. Como já foi observado[5], pode-se afirmar que a tônica desse pessimismo foi dada por Spengler, e o mito ariano de Bayreuth alimentou Chamberlain e dele passou a Alfred Rosenberg, seu expoente oficial máximo. Por caminhos convergentes, alimentaram-no os teóricos do estado, críticos do liberalismo, entre eles Carl Schmitt (1888-1985), em quem urge deter-se, pois ele condensa os argumentos mais comuns, os quais, desde a teoria política contra os direitos humanos[6] até o presente momento, vêm

[3] Cf. Berman, Marshall, em *El debate modernidad-postmodernidad*: do mesmo autor, em *El cielo por asalto*, p. 21; Anderson, Perry critica a proposta, em *El cielo por asalto*, cit., p. 92; Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, p. 142 ss.

[4] Cf. *supra*, § 21, III.

[5] Cf. *supra*, § 22.

[6] Sobre o modo como, em Schmitt, a sociologia desemboca no fascismo, a essência reacionária de seu combate ao neokantismo e sua descoberta no romantismo, que o leva a redescobrir Donoso Cortés, cf. Lukács, Georg, *El asalto a la razón*, p. 529.

se esgrimindo. Para Schmitt, o estado de direito regido por leis era uma concepção própria do estado burguês, baseado em conceitos de direito privado, que exigia regularidade e previsibilidade para as transações, e onde não havia lugar para a exceção: por conseguinte, em situações excepcionais, impunha-se a ditadura, que era o verdadeiro poder político (o de resolver na exceção)[7]. Em certo sentido, Schmitt é o antípoda de Kant, para quem a necessidade não gerava direito: o *decisionismo* schmittiano definia como poder político só a capacidade de resolver na necessidade, demarcando a linha divisória entre *amigo* e *inimigo*. Daí afirmar que o guardião da Constituição era o Poder Executivo e não o Judiciário, cuja função considerava meramente burocrática, limitada a simples julgamentos de subsunção e a circunstâncias normais[8], o que o impelia a atacar o controle constitucional kelseniano[9]. Para legitimar a perseguição nazista e o extermínio de todos os seus opositores, Schmitt asseverava que a Constituição não era algo intocável em sua totalidade, mas apenas em sua essência: a defesa da Constituição representava a do sistema e, portanto, quando este estava em perigo tornava-se possível desconhecer limitações secundárias, somente válidas em situações normais. Tendo em vista a ameaça do socialismo ao sistema, a situação era anormal e, portanto, impunha-se a defesa em mãos de um Executivo como guardião constitucional, além de passar por cima dos obstáculos secundários, em especial, dos limites fixados para suas atribuições em estado de sítio. Como o discurso da emergência costuma mudar de conteúdo, mas nunca renuncia à emergência, o desaparecimento das situações normais implica a consagração permanente do estado de polícia[10].

3. Para Schmitt, o parlamentarismo era uma contradição[11], pois o pluralismo partidário pulverizava o poder; tratava-se da representação de uma ideia, mas jamais de um povo (conceito de direito público) e a democracia nunca se realizava por meio do voto partidário, mas mediante *grito* ou *proclamação* (cesarismo plebiscitário). Democracia e liberalismo tornavam-se conceitos incompatíveis: o liberalismo era antidemocrático, de vez que, para Schmitt, a igualdade não era *perante a lei*, mas sim material, ou seja, igualação ou homogeneização (por meio disso se conciliava com o racismo). O pensamento jurídico *völkisch* considera a lei, antes de mais nada, como forma não isolada, mas inscrita no contexto de uma ordem cujo pensamento básico é supralegal, pois sua essência reside no costume e na concepção jurídica do povo[12]. Como o estado de polícia precisa de ideólogos para instalar-se, porém já estabelecido os devora – pois uma ideologia sempre implica algum limite, ainda que precário –

7 Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*; sobre o decisionismo, Sampay, Arturo Enrique, p. 17.

8 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución* e *Legalidad y legitimidad*.

9 Kelsen, H., *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

10 Schmitt, Carl, *Teología política*.

11 Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*.

12 Schmitt, Carl, *Über die drei Arten*.

Schmitt caiu em desgraça, embora seu destino tenha sido menos duro que o de alguns outros. Esta circunstância provocou certa confusão, ensejando pudesse ele vir a ser considerado, por vezes, como alguém quase alheio ao nazismo. A crítica de Schmitt ao estado liberal através de sua planificada implosão da Constituição de Weimar[13], da crítica da representação e dos limites do parlamentarismo, foi acolhida por alguns de seus inimigos políticos e teve, inclusive, repercussão na crítica de Frankfurt, o que determinou uma curiosa revalorização de suas obras por algum pensamento de esquerda. Os argumentos de Schmitt são adequados para legitimar os golpes de estado e as ficções de guerra não-convencionais, ou seja, são legitimadores do cancelamento de todo limite ao poder punitivo[14].

4. O penalismo do nazismo, enraizado no mencionado antimodernismo, chegou a extremos desconhecidos pelo fascismo, embora não se tenha materializado em um código, cuja reforma integral ficou truncada. Legislativamente, traduziu-se em vários diplomas e no discurso gerado em torno deles. Tal discurso tinha como base a *comunidade do povo*, alicerçada, por sua vez, na *comunidade de sangue e solo* – sustentada pelo mito da raça –, e as leis nazistas se propunham defender a pureza racial contra a contaminação de veios genéticos inferiores. Por isso, a pena não possuía conteúdo preventivo, mas sim de defesa diante de qualquer delito, que era considerado um ataque ao povo alemão. Pela lei de 1933, puniu-se o mero projeto de alguns delitos; em 1935, foram punidos, por igual, os atentados tanto a chefes do partido quanto a funcionários; em 1936, foram criminalizados aqueles que transferiram bens do país ou os mantiveram no exterior; no mesmo ano, puniram-se as relações sexuais e os casamentos *inter-raciais*; diferenciaram-se as penas de morte: fuzilamento, para militares, decapitação com machado, para delinquentes comuns, e forca (infamante) para os delitos políticos, que eram julgados por tribunais especiais (o *tribunal do povo* estabelecido em 1934); em 1933, introduziu-se a esterilização como *medida de segurança* e a castração para alguns delitos sexuais; em 1935, eliminou-se o princípio da legalidade com a consagração da analogia constante do artigo 2º do StGB, no qual introduziu-se o seguinte texto: *É punível aquele que comete um ato declarado punível pela lei ou que, conforme a ideia fundamental de uma lei penal e o são sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal for diretamente aplicável ao ato, o ato é apenado conforme a lei que se aplique mais adequadamente à ideia fundamental*[15].

13 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*.

14 Também de Schmitt, *El nomos de la tierra*. Sobre seu pensamento, cf. Kaufmann, Matthias, *Derecho sin reglas?*; Bendersky, Joseph W., *Carl Schmitt teorico del Reich*.

15 Sobre esse período do nazismo e a morte suspeita de Gürtner, então ministro da justiça, Gruchmann, Lother, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*; Sellert, Wolfang e Rüping, Hinrich, *Studien und Quellenbuch*.

5. O são sentimento do povo assegurou a irracionalidde dessa legislação e a ditadura do costume: Michaelis afirmava que *ao superar-se a cisão do direito, da moral e do costume, restabelece-se o caráter da lei como fonte do direito, mas no contexto das expressões vitais do povo*[16]. Isso foi teorizado como critério decisivo na determinação dos limites da legítima defesa, do estado de necessidade e do erro de direito. Apesar de os tribunais não fazerem uso desmedido desse pseudoconceito quanto à tipicidade, não se pode dizer a mesma coisa em relação a outros estratos analíticos do delito, em que a remissão a normas éticas foi um expediente fácil. Os elementos discursivos que o nazismo manipulou, para fundamentar sua incrível crueldade, foram sobretudo os assinalados como antimodernistas, mas o comportamento de ideólogos hegelianos, neokantianos e até existencialistas que funcionalizaram suas ideologias aos fins da ditadura nazista é prova suficiente da adequação do saber ao poder. A escola penal nazista propriamente dita foi a chamada escola de Kiel, cujos mentores – Friedrich Schaffstein e Georg Dahm[17] – apelavam para um intuicionismo totalista e repudiavam as categorias dogmáticas. Os dogmáticos se defenderam contra essa escola tratando de demonstrar que seus alicerces podiam ser mais funcionais para a legislação nazista[18].

6. O direito penal nazista não foi orientado necessariamente para a repressão política, que recomendou a um tribunal especial[19], mas de uma maneira demagógica posicionou-se contra os delinquentes comuns, com o lema *Erst: Keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: Kein Verbrechen ohne Strafe!* (Antes, nenhuma pena sem lei: agora, nenhum delito sem pena)[20], sob cujo amparo estabeleceu profundas restrições à condenação e à liberdade condicionais, no que diz respeito aos considerados delinquentes habituais comuns, em resposta a recla-

[16] Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 26.

[17] Dahm, Georg e Schaffstein Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht ?*, obra surgida antes de Hitler chegar ao poder, quando aqueles eram ainda *Privatdozenten* e, depois, compartilhavam o famoso acampamento de Kitzeberg, convocado em 1935, onde se reuniam jovens juristas teóricos do partido nazista (cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*). Dos dois autores supra-referidos são também *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft; Gegenewertsfragen d. Strafrechtswissenschaft*; *Methode und System des neuen Strafrechts*. De Dahm, Georg, *Nazionalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*; *Der Tätertyp im Strafrecht*; *Verbrechen und Tatbestand*; *Gemeinschaft und Strafrecht*. De Schaffstein, Friedrich, *Politische Strafrechtswissenschaft*. Outros autores foram Kempermann, Eugen, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente* e Freisler, *Nazionalsozialistisches Strafrecht*. Ainda sobre essa escola, Blanco Fernández de Moreda, Francisco, em *Criminalia*, X, pp. 235 ss.; Donnedieu de Vabres, H., *La politique criminelle des États autoritaires*.

[18] Por todos, Mezger, Edmund, em ZStW, 1938, pp. 675 ss.; cf. Muñoz Conde, F., *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Valência, 2000, ed. T. lo Blanch.

[19] Sobre isso, Schimmler, Bernd, em *Recht ohne Gerechtigkeit*.

[20] Caderno 31 do *Juristische Wochenschrift* de 1934 (cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 20).

mos em face do aumento da criminalidade durante a crise do pós-guerra[21], até que, com base na negação expressa de qualquer pretensão de direito pessoal oponível ao estado[22], chegou a configurar um direito penal de *perigo abstrato ilimitado*, ao qual se quis pôr alguma barreira mediante o *dolo de perigo*[23]. Não satisfeito com isso, acabou cancelando praticamente a diferença entre penas e medidas, baseando-se na legitimação de ambas pela via da prevenção geral positiva. Com admirável transparência, Klee, ao comentar a lei de 24 de novembro de 1933 contra delinquentes habituais e as consequentes medidas de segurança, complementa a teoria da prevenção geral negativa com a prevenção geral positiva, asseverando que a pena tem por função recuperar a confiança. Ele considerava que as penas e as medidas não se achavam distanciadas, porque as duas tinham por objeto a conservação da segurança. E afirmava que *todo crime grave desperta na comunidade o reclamo da expiação, porém, na realidade, tal exigência tem sua raiz na pulsão de segurança e, nesse sentido, no restabelecimento da consciência (sacudida pelo fato) de viver em uma ordem jurídica que garanta a paz e a segurança*[24]. Reputava, também, que a diferença entre pena e medida de segurança era apenas o fruto da ideia liberal do estado de direito, da ilustração e da revolução francesa, razão por que *a pena indeterminada produz segurança, porque as pessoas sentem que ela tem um efeito preventivo muito forte*[25] (ou seja, não causa medo às pessoas que não delinquiram, mas sim estas se sentem seguras por acreditarem que produz medo naquelas que pretendem delinquir). Portanto, Klee defendia a tese de uma pena única de segurança, ideia que, segundo ele, vinha dos tempos antigos nos projetos alemães[26]. A rigor, esse autor foi o primeiro a emitir o mais claro conceito da prevenção geral positiva em versão funcionalista.

7. Passado esse totalitarismo, muito se comentou sobre a adesão de penalistas a ele[27]. A análise particularizada do fenômeno pertence à história, mas de um modo geral é interessante destacar que a brutalidade do poder não havia aberto espaço para o dissenso, de vez que seria impossível encontrar penalistas críticos ou dissidentes. Estes deveriam optar entre *desaparecer* (exílio, morte ou cessação da atividade), *curvar-se* ao regime de uma maneira ativa

[21] Schreiber, Hans Ludwig, em *Recht und Justiz im Dritten Reich*, p. 151.

[22] *Particularmente, os direitos à liberdade dos indivíduos não são compatíveis com os princípios do direito völkisch. Não há nenhuma liberdade pessoal do indivíduo, nem preestatal nem paraestatal, que o estado deva respeitar* (Huber, E. R., *Verfassung*, p. 213).

[23] Cf. Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 21; Rabl, Kurt, *Gefährdungsvorsatz*.

[24] Klee, Karl, em *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 27, 1934-1935, p. 487.

[25] *Idem*, p. 498.

[26] *Idem*, p. 492.

[27] Por exemplo, Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*.

ou criadora (tornando-se seus ideólogos penais)[28], ou, então, *ocultar-se*, encerrando-se em uma espécie de tecnologia mais ou menos asséptica, positivista e acrítica que, em suma, também era funcional para o sistema autoritário[29]. Tal ocultação (atitude majoritária) foi favorecida pelo efeito das correntes de pensamento penal que haviam assumido atitudes tecnocráticas, como o neokantismo. Em linhas gerais, o refúgio tecnológico costuma defender-se argumentando que evitou males maiores, o que em parte é verdade. O medo tomou conta também dos penalistas e, entre a ocultação tecnocrática e a adesão ativa, ele foi, em alguns casos, a mola determinante de notórias hesitações. Esses esclarecimentos são necessários porque, em caso contrário, todos os discursos podem ser qualificados por igual, sem distinguir os de adesão ativa, que representariam o verdadeiro penalismo totalitário, dos da pluralidade de discursos de ocultação, que não merecem aquela qualificação, por mais funcionais que, em última análise, tenham sido, e sem suscitar julgamento ético sobre seus autores.

8. A ideologia antimoderna, anterior ao nazismo, estendeu seus efeitos depois deste e retornou esporadicamente ao poder. Uma de suas mais cruéis e claras manifestações políticas foi a *ideologia de segurança nacional*, assumida por um sem-número de estados de polícia na periferia do poder mundial. Trazida à América por autores franceses, que a apresentaram por ocasião da guerra argelina, e por Escolas de Guerra implantadas com colaboração norte-americana, nos anos cinquenta, e difundida nos exércitos do continente, é um exagero chamá-la de *ideologia*, devido à sua enorme pobreza de conteúdo teórico[30]. Foi uma tese simplista que alucinava um estado de guerra total e permanente, o qual comprometeria todo o planeta. Daí sacrificar-se tudo nessa guerra até aniquilar o comunismo, motivo da emergência de turno. Os estados policiais se reservavam à função de determinar quem, em cada caso, era o inimigo, dentro de uma nítida tradição schmittiana. Valia-se da *militarização* de toda a sociedade, onde os seres humanos e seus direitos se subordinavam ao objetivo primário de defesa do modelo ocidental de estado, ainda que para isso montassem um estado de polícia que era sua negação, instalando uma ditadura arbitrária que Schmitt

[28] Observou-se que o clima universitário onde o nazismo se desenvolveu foi condicionado por uma mescla de tendências *völkisch*, pela busca de uma carreira e por medo (Rüthers, Bernd, *Entartetes Recht*, p. 20).

[29] Garzón Valdés, Ernesto (*Introducción*, em *Derecho y Filosofía*, pp. 5 ss.), com citações de Larenz, Schmitt, Wolf e outros, diz que o direito nacional-socialista não se refugiou no positivismo legal, mas que, ao contrário, se amparou em um jusnaturalismo baseado no *decisionismo* do Führer, o que é verdade. Não obstante, isso não se refere favoravelmente ao positivismo formal, pois este deixou indefeso o estado de direito constitucional, de modo que a normatividade vã e formal foi expulsa por um direito natural degradado e inábil, que teve em Carl Schmitt seu expoente máximo (cf. Rüthers, Bernd, *Entartetes*, p. 27).

[30] Sobre ela, cf. Comblin, Joseph, *Le pouvoir militaire;* Equipe SELADOC, *Iglesia y seguridad nacional;* Montealegre, Hernán, *La seguridad del Estado*.

talvez qualificasse de *comissária*[31]. Amparados por essa ideologia surgiram estados de emergência, estatutos de segurança[32], organismos e agências políticas *de facto* em substituição aos *de jure* e de representação popular, tribunais especiais, penas impostas pela administração, conselhos e grupos de extermínio. O poder punitivo foi exercido por meio de três sistemas penais: a) o formal; b) o administrativo, mediante prisões determinadas pelo executivo; e c) o subterrâneo, mediante homicídios, sequestros, torturas, campos de concentração e desaparecimento de pessoas à margem de toda legalidade.

9. Como qualquer delito – e não apenas o político – punha em perigo a *unidade da frente interna* na guerra alucinada, todo delinquente era considerado uma espécie de traidor em segundo grau da pátria. A segurança nacional valeu-se de argumentos contraditórios, mas que podem ser identificados com facilidade: a guerra exigia o sacrifício de liberdades em benefício da ordem, porque se trata de uma situação extraordinária de necessidade (o verdadeiro poder político de Schmitt); entretanto, não se aplicava o direito de guerra, porquanto a que se enfrentava não era a *tradicional* (o *justus hostis* de Schmitt), motivo pelo qual não se reconheciam os limites impostos pelos tratados de Genebra e pelo direito das gentes em geral (os franceses da Argélia propiciavam os argumentos); ao delito comum se impunham as mais severas penas, em face da necessidade de fortalecer ao máximo a frente interna (ecos de Durkheim); o delinquente comum era considerado inimigo interno, do mesmo modo que o soldado estrangeiro, na guerra, era considerado o inimigo externo (argumento que remonta a Garofalo); em qualquer um dos casos o mal do delito tinha de ser retribuído, houvesse ou não necessidade ou periculosidade, porque era necessário por si só (retribucionismo irracional idealista).

10. Como se deduz de seu discurso, mais do que uma teoria foi um amálgama de elementos heterogêneos e arbitrários em sua combinação, sempre utilizados para a repressão ilimitada através de um modelo de estado de polícia horripilante, mas pouco original, onde se percebe um nítido predomínio de componentes discursivos pré-modernos e antimodernos. Os poucos vagidos teóricos em direito penal foram bastante rudimentares[33] e os argumentos das sentenças de seus tribunais eram inorgânicos, ao apelarem para qualquer discurso que permitisse fundamentar uma decisão arbitrária, artifício que resiste a toda análise razoável.

[31] Embora tivesse talvez, na realidade, constituído uma nova forma, estranha às duas que o referido autor analisa (Schmitt, Carl, *La dictadura*).

[32] Sobre esses, Tocora, Fernando, *Política criminal*, p. 175; Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos*, pp. 91 ss.

[33] Bayardo Bengoa, Fernando, *Protección penal de la Nación*; Domínguez, Carlos Horacio, *La nueva guerra y el nuevo derecho;* Castello Branco, Eurico, Dos Crimes contra a Segurança Nacional, Rio, 1971, ed. J. Konfino; Lima Rodrigues, Oswaldo, O Crime Político e a Lei de Segurança Nacional, Maricá, 1973, e O Direito de Segurança, Maricá, 1972.

III. Estados de polícia revolucionários

1. Enquanto *os estados policiais antimodernos tentavam saber como o dever ser deriva do ser*, houve desdobramentos discursivos a partir da modernidade, levados a cabo por visionários que pretenderam ter certeza a respeito de *como devia ser acelerada a dinâmica do ser para chegar a ser o que deve ser*. Foram pretensões de impelir o ser em direção ao dever ser; sua certeza absoluta acerca do caminho da humanidade e do destino da sociedade permitiu-lhes sacrificar tudo em função de alcançar as metas o mais cedo possível. Tais discursos visionários se adaptaram a transformações rápidas do poder; toda revolução ou pretensão de revolucionar adotou, de uma maneira definitiva, um discurso de certeza absoluta a respeito do sentido da história. Dois fenômenos políticos completamente diferentes, como foram o *fascismo italiano* e o *stalinismo soviético*, se mobilizaram através desse parâmetro discursivo, dando lugar aos respectivos estados policiais.

2. Apesar de serem múltiplas as raízes ideológicas do fascismo e tornar-se insustentável, na atualidade, a afirmação de que ele careceu de ideologia, o penalismo do estado fascista – da chamada *revolução fascista* – nutriu-se de elementos do positivismo e do neo-idealismo, em especial de Giovanni Gentile (1875-1944)[34]. O neo-idealismo é uma derivação do hegelianismo, introduzido na Itália, a partir de Nápoles, no século XIX, como ideologia que fortalecia o estado na etapa imediatamente posterior à unificação, na qual se necessitava de uma forte legitimação do estado para opô-lo à igreja durante o longo litígio com o Vaticano. Pareceu, em certo sentido, produzir-se um armistício entre o neo-idealismo e o positivismo quando Ferri tentou, inclusive, afastar o pensamento penal do filosófico[35]. Para Gentile, *toda ação era pensamento e todo pensamento, ação*, de modo que não há ação que em alguma medida não seja livre, embora a liberdade absoluta seja divina. Portanto, os seres humanos realizam ações mais ou menos livres. Isso permite legitimar as penas retributivas (quando as ações são predominantemente livres) e as medidas neutralizantes (quando estas são pouco livres), reservando-se para as que se acham entre os dois extremos uma justaposição de penas retributivas e medidas neutralizantes (*doppio binario*). Gentile foi um teórico do *estado totalitário*, pois achava que o estado era a *humanidade do homem* e, por conseguinte, devia administrar tudo o que o homem pratica, incluindo a religião nacional. Tendo em vista que sua teoria do conhecimento era quase solipsista, ele não podia conceder valor algum ao diálogo; por outro lado, se todo pensamento é ação, este passa a ser uma matéria

[34] Cf. *supra*, § 21, I.

[35] Ferri, Enrico, em *Rev. Penal Argentina*, IV, 1924, pp. 5 ss.; assim como em *Difese penali e studi di giurisprudenza*, III.

controlável pelo estado. De qualquer maneira, seu pensamento não passa para o direito penal sem notórias contaminações positivistas e alguns traços de racismo, ainda que sem alcançar o grau de delírio nazista[36].

3. Esse estado totalitário se acha caracterizado na *Proluzione* para o código penal de 1930, onde se sustenta uma concepção antropomórfica, que representa todas as gerações passadas, presentes e futuras e, portanto, adquire uma existência separada do conjunto de seus habitantes, com vida e necessidades próprias, às quais devem ser sacrificadas as de qualquer uma de suas parcialidades, porquanto estas são transitórias por oposição às estatais, que são permanentes[37]. Essa ideia antropomórfica de estado não se distanciava muito daquela defendida por Comte em suas obras mais esotéricas, como em *Sistema de política positiva*, onde ele divinizava a história.

4. O Código de 1930 ou *Codice Rocco* foi o grande monumento penal do fascismo. O direito penal fascista, que nele plasmou sua ideologia, caracterizava-se por conceder a finalidade de proteção ao estado, estabelecer penas gravíssimas para os delitos políticos, proteger o partido único e apelar amplamente para a prevenção policial por meio da intimidação. A circunstância de que a pena se oriente para a proteção do estado obedece ao fato de que, nessa ideologia, é o estado que leva adiante a nação (de modo inverso ao nazismo)[38]. A tutela do estado requer uma definição do delito político atendendo à motivação, não para privilegiá-lo (como no direito penal liberal), mas sim para agravá-lo. A confusão entre delitos contra a existência do estado e contra o governo se impunha: constituía delito contra a personalidade do estado a injúria à honra ou prestígio do chefe de governo (art. 282). Tais delitos eram submetidos a uma jurisdição especial (*o tribunal especial para a defesa do estado*, criado em 1926 e composto de oficiais superiores da *milícia fascista* e de altos magistrados judiciários). Tipificavam-se delitos criminalizados em qualquer código, mas com sentido particularmente autoritário, como o estupro considerado delito contra a *moralidade pública e os bons costumes* e não contra a liberdade sexual; a moralidade sexual não é um sentimento de recato, mas sim um *elemento da nacionalidade*, um valor do organismo social. O aborto não era um delito contra a pessoa, mas contra *a sanidade e a integridade da estirpe*, como bem jurídico da nação: passa para primeiro plano o interesse demográfico do estado, como demonstra sua tipificação conjunta com a produção da própria impotência *generandi*, da propaganda neomalthusiana e do contágio venéreo. Algo aná-

[36] Uma exploração em Israel, Giorgio e Nastassi, Pietro, *Scienza e razza*.

[37] Rocco, Alfredo, *Relazione al Re*.

[38] Deveu-se a isso seu menor grau de racismo. Não obstante, podem ver-se as tentativas anti-semitas dos autores compilados por Orano, Paolo, *Inchiesta sulla razza*.

logo sucede com os delitos contra a religião, onde a blasfêmia é apenada: a incriminação não se baseava na liberdade de cultos, mas na agressão ao estado mediante o ataque à *sua* religião, a ponto de abrandar-se a pena quando se comete ato contra um culto diferente da religião do estado. Além do mais, o *Codice Rocco* amplia desmesuradamente a punibilidade: não faz distinção entre atos preparatórios e de execução; impõe medidas de segurança aos envolvidos em conluio sem que se inicie a execução do fato; equipara os atos de todos os concorrentes. Não satisfeito, agrava as penas sob pretexto de medidas de segurança indeterminadas para os delinquentes habituais, profissionais ou por tendência. Naturalmente, ele estabelecia a pena de morte para os delitos contra o estado e outros tantos contra as pessoas. Na época, tal circunstância foi saudada pelos reacionários de toda a Europa e despertou admiração na América Latina[39].

5. O penalismo teórico italiano viu-se diante de uma racionalização da qual não tinha escapatória. Em face de um embate ideológico com tão gigantesco arsenal, alguns penalistas se ampararam no positivismo jurídico, tendo sido o tecnicismo jurídico, nesse sentido, o equivalente italiano do neokantismo[40]; outros se curvaram incontinenti à ideologia dominante. O código Rocco permanece vigente, embora nas últimas décadas tenha sido reformado várias vezes, por força da Corte Constitucional, que acabou revelando suas disposições incompatíveis com a Constituição da República. Seu irracional sistema de penas e medidas foi compensado com a legislação penal executiva que, na prática, as reduziu notoriamente.

6. O *controle social punitivo na hoje dissolvida União Soviética* enquadrou-se na ditadura estabelecida a partir de 1917, à qual Lênin, primeiro, e Stalin, depois, impuseram seu selo pessoal, cujo objetivo declarado era a *eliminação dos valores* burgueses[41]. O discurso predominante foi marxista, embora na versão de Engels, marcadamente positivista[42], e em alguns momentos redundou em franco positivismo perigosista, estranho por completo ao marxismo, do qual só adotava componentes discursivos autoritários que encerravam o debate. Em certo sentido, e por meio da negação do racismo tradicional, a ideologia soviética chegou a um novo racismo (racismo condicionado): foi dogma da biologia soviética a transmissão dos caracteres adquiridos[43], o que permitiria erradicar o delito ao corrigir os traços criminais transmitidos pela sociedade capitalista.

[39] Cf. *supra*, § 17.

[40] Cf. Maggiore, Giuseppe, *Arturo Rocco*; Aftalión, Enrique R., *La escuela penal técnico-jurídica*.

[41] Graven, Jean, *Le Droit Pénal soviétique*.

[42] Cf. Bochenski, I., *El materialismo dialéctico*, p. 69.

[43] Era a tese de Lamarck, defendida por Lyssenko (cf. Rostand, Jean, p. 52).

7. O controle punitivo foi de um draconianismo superior ao fascismo e quase comparável ao nazismo. A princípio, os juízes podiam apelar para sua *consciência socialista*, com base em algumas diretrizes legais bem difusas (os *Princípios de 1919*); criou-se a *Tcheka* (polícia e tribunal político); em 1922, sancionou-se o primeiro código penal que estabelecia expressamente ser a função da punição a defesa do estado de camponeses e operários durante o período de transição para o comunismo, critério que todos os códigos posteriores reiteraram. Eliminava-se a palavra *pena* (positivismo ferriano) e os juízes tinham liberdade para construir de uma maneira analógica os modelos penais, de acordo com sua *consciência socialista*. Em 1924, sancionaram-se novos *Princípios* que classificavam os delitos em graves (cometidos contra o estado), para os quais só se determinavam os patamares penais mínimos, e em leves (contra as pessoas), para os quais só se determinavam os máximos penais; prodigalizava-se a *suprema medida de defesa social*, eufemismo com o qual se designava a pena de morte. De acordo com os *Princípios* elaborou-se o código russo de 1926, cujo artigo 6º dispunha: *Considera-se socialmente perigosa toda ação ou omissão dirigida contra o regime soviético ou que implique atentado à ordem jurídica estabelecida pelo poder operário e camponês pertinente ao período de transição para a ordem comunista*. O artigo 7º punia as pessoas que não cometiam delito, embora fossem consideradas perigosas por sua vinculação com um *meio perigoso* ou por seu passado. O artigo 16 estabelecia que se o ato fosse socialmente perigoso e não estivesse tipificado, teria de ser apenado de acordo com aqueles previstos de natureza mais similar. Durante o mesmo período, estava sendo elaborado o famoso projeto Krylenko, que carecia de parte especial e que, em grande medida, se nutria das ideias do projeto Ferri de 1921[44]. O curso dos acontecimentos políticos levou Stalin a concentrar sua ditadura pessoal em uma política de industrialização acelerada, encaminhando o controle punitivo à eliminação inexorável de tudo que pudesse perturbar seu objetivo econômico. Krylenko e os velhos bolcheviques leninistas perderam consistência, sendo acusados de *trotskistas*[45]. Os delitos políticos foram julgados por comissões especiais que sobreviveram até 1958, do mesmo modo que o emprego da analogia[46].

8. As alternativas do controle punitivo dessa época são claras: inicialmente desbaratou-se a estrutura econômica de produção e distribuição czarista, desurbanizou-se a população e ocorreu um *comunismo de guerra* que deman-

[44] Sobre essa evolução, Napolitano, Tomaso, em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1065 ss.; Ferris, Corrado, em *Scuola Positiva*, 1931. A tradução italiana do projeto Krylenko em *Giustizia Penale*, 1932, pp. 1769 ss.; de Krylenko, *Die Kriminalpolitik der Sowjetmacht* (*La politique des soviets en matière criminelle*).

[45] Cf. Maurach, R., em *Z. f. osteuropäisches Recht*, 1937, fasc. 12, p. 737. Muitos anos depois foi uma das reivindicações dos "destacados jurisconsultos soviéticos" (Terebilov, V., p. 33).

[46] Sobre a analogia soviética, Anossov, J.J., em *Giustizia penale*, 1934, pp. 171 ss.; do mesmo autor, em 1935, pp. 201 ss.; Escobedo, Gennaro, também em *Giustizia*, 1934, pp. 189 ss.

dava arbitrariedade penal e polícia forte, a fim de evitar a catástrofe total em meio a uma fome enorme causada pela guerra internacional seguida de guerra civil. Depois, houve uma *retirada tática* do estatismo econômico (retorno a formas elementares de iniciativa privada) que alcançou seu apogeu por volta de 1925, exigindo um mínimo de garantias de estabilidade para a pequena indústria que o projeto Krylenko não oferecia: foi a *nova política econômica* (NPP)[47]. No final desta, produziu-se um novo avanço da centralização econômica. O pensador mais importante dessa época foi Eugenij B. Pasukanis, que atribuía ao direito o caráter de fenômeno próprio da sociedade capitalista, determinado por suas relações de *troca-valor*, que desapareceria à medida que fossem predominando as relações de solidariedade socialista[48]. Era uma opinião consentânea com o horizonte marxiano de desaparição do estado, inviabilizada pela conjuntura internacional empenhada na destruição do experimento socialista – da qual a guerra contra a Alemanha nazista era a manifestação mais evidente – e que levava ao movimento oposto, de fortalecimento do estado. Pasukanis e sua desvaloração do direito chocaram-se frontalmente com a forte centralização de Stalin, cujo intérprete penal foi o promotor Vysinskij, encarregado dos expurgos de 1936, durante os quais o próprio Pasukanis desapareceu.

9. Depois do XX Congresso, em 1956, iniciou-se um novo período na legislação penal soviética, inaugurado pelos *Princípios de Legislação Penal* de 1958, após os quais os tribunais especiais e a analogia desapareceram. Em 1960, a República Russa sancionou seu código penal, que serviu de modelo para as restantes. Em alguma ocasião aplicou-se retroativamente a lei penal, a título de exceção autorizada pelo Soviet Supremo[49]. O marxismo-leninismo institucionalizado da União Soviética havia se convertido em uma superestrutura ideológica, cujo partido passou a ser a máxima autoridade científica e filosófica e, por conseguinte, também jurídica[50]. Seguindo o método platônico de estabelecer o que é a partir do que ainda não é, os soviéticos se baseavam no dever ser da sociedade sem classes, na qual o delito desapareceria. Como durante os longos anos de ditadura o delito não desaparecera, eles não poderiam admitir que sua própria estrutura social gerasse formas diferentes de delinquência, mas sim asseverar dogmaticamente que o delito era uma sobrevivência capitalista e que no sistema soviético não havia elementos criminógenos, bem como que toda afirmação em contrário era uma *invenção caluniosa*[51].

[47] Cf. Nove, Alec, *Historia económica*; Boffa, Giuseppe, *Storia dell'Unione Sovietica*, pp. 479 ss.

[48] Pasukanis, Eugenij B., em Guastini, Riccardo, *Marxismo e teoria del Diritto. Antologia di scritti giuridici*; Cerroni, Umberto, em *Stucka-Pasukanis-Vysinskij-Strogovic*.

[49] Napolitano, Tomaso, *Il nuovo Codice Penale sovietico*; Ancel, Marc, *La réforme pénale soviétique*.

[50] Cf. Blakeley, Thomas, pp. 91 ss.

[51] Desse modo foi considerado o trabalho de Maurach, R., em *Österreichische Osthefte*, 5, 1960.

10. A aproximação soviética aos princípios do estado de direito, efetuada a partir de 1958-1960, foi explicada ideologicamente sustentando-se que a União Soviética estava madura para iniciar a etapa do comunismo, onde começaria o paulatino desaparecimento do estado após a cessação da luta de classes. De qualquer maneira, seu sistema de penas continuava sendo remetido ao da *República* platônica: reconhecia o caráter retributivo da pena (*a pena não é só castigo*, conforme se dizia nos *Princípios* de 1958). Daí em diante a política penal soviética valeu-se do princípio leninista que combinava coerção com persuasão: era tomado de Platão, quando sustentava que o réu tinha de ser tratado mediante persuasão, salvo se não respondesse a ela, caso em que deveria ser eliminado. Obedecendo a esse critério, o direito penal soviético afirmava que a prisão não podia ser prolongada se não cumprisse a meta reeducadora.

11. A teoria soviética do delito não se distinguia muito daquela defendida por von Liszt; seu conceito material de delito se baseava na periculosidade social[52]; a justificativa sociológica da inimputabilidade residia em que o inimputável vivia fora das relações, não participava da luta de classes[53], o que se aproximava do conceito de *comunidade jurídica* e *partícipe do direito* do hegelianismo e, em geral, de todo o idealismo normativista. Em suma, *a doutrina penal soviética, como a fascista, nutriu-se de positivismo e idealismo*.

IV. Estados de direito ameaçados: a) ficções de modernidade consumadas no neokantismo e no ontologismo

1. Desde o *hegelianismo de direita* vem se abrindo caminho para a tendência a considerar o projeto de modernidade algo realizado ou consumado, isto é, a desconhecer a disparidade entre o estado de direito como projeto e a realidade, o que equivale a *anular a dialética própria de todo estado de direito histórico ou real*: ao cancelar a tensão entre o estado de polícia, que permanece no interior de todo estado de direito real, e o projeto de estado de direito ideal, impede toda possibilidade de apelar para a realização progressiva como princípio regulador, ao mesmo tempo que desaparece diretamente o estado de direito real, substituído por uma ficção que, às vezes, torna-se revoltante. Ao longo do século XX, e mediante recursos metodológicos bem diversos, proliferaram teorias que *identificaram o ser com o que deve ser*, na maioria dos casos sem apresentar o problema nesses termos, mas dando-o por solucionado como pressuposto das mesmas (*dogma implícito*) ou evitando seu tratamento (*dogma por elusão*). Em síntese, trata-se da

[52] Sobre a escola positivista e o modelo soviético, como doutrinas terapêuticas da defesa social, Ferrajoli, Luigi, em *Diritto e ragione*, p. 266.

[53] Seu desenvolvimento pode ser visto em Zdravomislov, B.V *et alii*.

negação dos defeitos dos estados de direito reais pela construção de uma teoria do direito penal como se tais defeitos não existissem e o estado real fosse análogo ao ideal que, por outro lado, ninguém pode afirmar ser inteiramente realizável: tais teorias põem em sério perigo os estados de direito reais, desde que estabeleçam a racionalidade de suas propostas a partir de uma ficção de estado ideal, seja porque o dão por realizado, por não proporem sua realização, seja porque, renunciando ao ideal, dão por ideal o existente.

2. O positivismo perigosista – como refúgio seguro onde cada coisa se achava em seu lugar dentro de um universo hierarquizado pela biologia – entrou em crise e provocou um esforço dos penalistas para salvar a legitimidade do poder punitivo, até encontrarem um muro de contenção contra a invasão de uma realidade que eles não podiam neutralizar discursivamente. O discurso tinha como função legitimar, não conhecia o controle de constitucionalidade, sendo sua meta proporcionar modelos decisórios para os tribunais em meio a um caos valorativo, acelerado desde a *grande guerra* (1914-1918). O muro de contenção foi a lei, para a qual procurou-se encontrar um método de interpretação *técnico* e apresentável como *ideologicamente asséptico*. Essa tendência teve seu maior desenvolvimento na Alemanha ao adotar o *neokantismo*, que deu um grande impulso à elaboração dogmática do direito penal. Seu singular êxito deveu-se à sua extraordinária idoneidade para os fins propostos: sua meticulosa distinção entre o universo jurídico e o real permitiu-lhe manter grande parte do paradigma positivista criminológico, bem como desenvolver, ao mesmo tempo, um positivismo legal, fazendo caso omisso dos fatores sociais e preservando a criminologia em uma posição subordinada, neutralizando qualquer informação social desagradável advinda de uma arbitrária seleção de dados da realidade: aqueles que perturbavam eram remetidos à *ciência natural*, os que se acomodavam incorporavam-se ao discurso como *ciência jurídica*; enfim, toda pretensão de anexar referências molestas à ciência jurídica era estigmatizada de reducionismo. Essa tendência retomava o pior do idealismo para salvar o positivismo, dentro de uma tradição cuja vigência se conserva até o presente momento.

3. *As coisas em si*, que para Kant eram inacessíveis pelo fato de se conhecer tudo por meio de tempo e espaço (Crítica da Razão Pura), na opinião dos neokantianos não existiam: pode-se discutir a condição *idealista* da filosofia kantiana, mas quanto à neokantiana não cabe a menor dúvida. Os neokantianos se distribuíram em várias escolas, com diferentes graus de idealismo[54]. Para a chamada *Escola de Marburg* (onde se pode incluir Kelsen) o método cria o

[54] Sobre a filosofia jurídica neokantiana, Recasens Siches, Luis, *Panorama*, t. I, pp. 223 ss.; Hernández Marín, Rafael, *História de la filosofía del derecho contemporáneo*, pp. 209 ss.

objeto, com o que seus alicerces e sua metafísica se esgotam em lógica metódica. Tal vertente não teve repercussão penal; em suas manifestações mais radicais, ela se via diante de uma corrente antimetafísica da época: o *neopositivismo* ou *positivismo lógico* (Círculo de Viena), que negava ao direito o caráter de ciência por ser exclusivamente *fisicista* (só é científico o que corresponde ao modelo da física)[55]. O impacto penal do neokantismo foi causado pela chamada Escola de Baden, que em lugar de seguir o caminho da Crítica da Razão Pura palmilhou o da *praktische Vernunft*, chegando à conclusão de que os valores criam e organizam os entes por eles valorados. A realidade seria uma espécie de caos no qual não se poderia penetrar a não ser por meio dos valores. Dessa maneira, o valor não se limitaria a agregar um dado a um ente, mas a permitir o acesso ao próprio ente. Trata-se de um engenhoso recurso para aceitar todas as consequências da criação valorativa do ente sem, contudo, afirmar que o valor cria o ente. Tal característica de todo o saber em que o valor intervém permite uma cortante divisão entre as ciências da cultura ou do espírito (*Geistes* ou *Kulturwissenschaften*) e as ciências naturais (*Naturwissenschaften*), que só de um modo aparente podem tratar de um mesmo objeto, porquanto, na realidade, o objeto visto por meio do valor não seria o mesmo das ciências naturais. Isso lhes permitiu enfocar o delito *naturalmente* (positivismo), através da criminologia, e *valorativa* ou *normativamente* (idealismo), através do direito penal. Este excluía de seu discurso os dados perturbadores da realidade; a criminologia também os excluía (sobretudo aqueles referentes ao sistema penal) porque tal direito limitava seu horizonte. Mas isso não evitava a contradição interna insuperável: uma ciência natural que estava delimitada por uma ciência valorativa. Era o preço que se devia pagar para evitar o questionamento da criminologia sobre a natureza do poder que lhe impunha limites a partir do direito penal[56].

4. Dentro do neokantismo de Baden ou sul-ocidental, distinguiram-se dois notáveis penalistas: Max Ernst Mayer (1875-1924) e Gustav Radbruch (1878-1949). a) Para M. E. Mayer, a cultura não era nem pura realidade nem puro valor, mas a combinação das duas coisas: *cultura é o valor tornado realidade e a realidade convertida em valor*. Daí refutar ele a teoria das normas de Binding e substituí-la pela das normas de cultura (*Kulturnormen*), segundo a qual o delito era a contradição com as normas de cultura reconhecidas pelo estado. A antijuridicidade passava a ser um conceito material: não era o choque com a lei, mas com a norma de cultura acolhida pela lei. Por essa via aproximava-se do positivismo de von Liszt, para quem a antijuridicidade representava o dano social, isto é, um conceito material, mas com

[55] Vários trabalhos na compilação feita por Ayer, A. J., *El positivismo lógico*.

[56] A ocultação das contradições suscitou a afirmação de que se tratava da ideologia da segurança contra os perigos do socialismo (Lukacs, Georg, *El asalto a la razón*, p. 329).

critério mais impreciso[57]. b) Radbruch, por sua vez, foi o artífice da teoria da criação da conduta pelo direito. Chegando ao positivismo jurídico pela via do neokantismo sul-ocidental, ele afirmava que o juiz devia fazer um *sacrificium intelectualis*, com o que quase conseguia identificar poder e direito[58]. Após a II Guerra Mundial e em seus últimos anos de vida, deu uma violenta guinada contra o positivismo jurídico assim entendido, alheio por completo ao neokantismo[59]. Em 1945, quando de sua dramática denúncia contra este, confirmou que havia *deixado os juristas e o povo indefesos perante leis arbitrárias, cruéis e criminosas*.

5. A arbitrária seleção de dados da realidade permitiu ao neokantismo legitimar o poder punitivo por meio da prevenção geral, da especial ou de ambas, apelar para penas e medidas, distingui-las artificialmente, aceitar o duplo binário ou o sistema vicariante ou as duas coisas etc., desde que as disposições legais fossem tomadas como dados da realidade e incorporadas ao discurso em tal condição. Nada impedia que os neokantianos criassem novos conceitos, quando necessários para explicar a lei, nem tampouco construíssem *conceitos jurídicos* como falseta de qualquer dado da realidade, com o que podiam mudar o mundo segundo as necessidades legitimadoras. A construção mais acabada do direito penal neokantiano foi a de Edmund Mezger (1885-1962), que fomentou uma ampla etapa, desde a crise do sistema Liszt-Beling até meados do século XX[60]. O positivismo legal reconhecia na Alemanha o antecedente de Binding[61], que não se interessava pela legitimação do poder punitivo por pressupor um estado racional como herança idealista, mas era seu opositor – Liszt – quem, a partir do positivismo criminológico, se encarregava da legitimação. Quando a legitimação de Liszt tornou-se insustentável e o estado racional idealista de Binding foi substituído pela irracionalidade brutal do exercício real do poder, surgiu um novo positivismo, diferente do de Binding, porquanto *no neokantismo, quando o estado não é racional, acomodam-se conceitos para que ele assim pareça.*

6. O muro de contenção neokantiano que, na Alemanha, protegia o poder punitivo de uma filosofia já não positivista e de uma física já não mecanicista, assim como de uma crescente convulsão política com vertigem ideológica (do império guilhermino à república de Weimar e desta ao nazismo), *teve seu equivalente italiano por intermédio da autodenominada escola técnico-jurídica enunciada por Arturo Rocco em 1910.* Do mesmo modo que o neokantismo renunciava ao pressuposto do estado racional de Binding, o tecnicismo jurídico italiano refutava a proposta filosófico-liberal de Carrara e ficava só com seu dispositivo sistemático, combinado com ideias políticas autoritárias. Um de seus expoentes máximos foi Vincenzo Manzini, que cultivou um verdadeiro ódio à filosofia[62]. Ambos os movimentos são explicados como males menores em face das pretensões desses estados de polícia, o que, em parte, é certo, de vez que evitaram uma politização grosseira de todo o discurso penal ao estilo da *Kielerschule*, e permitiram a resistência à analogia na Itália. No entanto, é certo, também, que em seus odres vazios não entrou ciência pura, mas eles deram forma a decisões políticas funcionais. Poder-se-ia dizer que o neokantismo e o tecnicismo jurídico foram discursos interessantes de burocracias acadêmicas e judiciárias, inteligentemente montados, razão pela qual conseguiram estabelecer com as agências políticas um relacionamento de agressão branda, preservando assim seus espaços institucionais. De modo algum ensejaram um direito penal do estado de direito, pois foram incapazes de defendê-lo, sem que se pudesse sustentar o contrário porque, sem eles, o direito penal teria ficado mais submisso ainda ao arbítrio dos respectivos estados policiais. Se se aceitasse tal conclusão, o máximo que se poderia comprovar era terem sido métodos conjunturalmente úteis.

7. A rigor, tais discursos, adequados à preservação burocrática das agências acadêmicas e judiciais, representavam o máximo que se podia solicitar aos penalistas da época. A Europa não conhecia o controle de constitucionalidade das leis, os tribunais constitucionais só surgiram no pós-guerra, os de entreguerras integraram fracassados empreendimentos políticos democráticos (Áustria, Tchecoslováquia e República Espanhola) e os poderes judiciários eram napoleônicos (burocráticos e piramidais). Só podiam conceber um estado de direito legal e, por isso, era impossível que apresentassem aos juízes soluções para um estado de direito constitucional então inexistente. As sentenças de Magnaud[63] haviam sido o único vislumbre inorgânico e escandaloso para sua época, na França, no final do século XIX.

8. Nos primeiros anos do pós-guerra iniciaram-se os esforços de construção e reconstrução dos estados de direito europeus, quando se tentou uma superação do formalismo neokantiano e houve um verdadeiro renascimento de tendências jusnaturalistas na Alemanha[64], especialmente na forma de pensamento da *natureza*

[57] Mayer, Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, autor também de *Lehrbuch* e de *Filosofía del Derecho*.

[58] Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, p. 182.

[59] Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechstsphilosophie*; *Gerechtigkeit und Gnade*; *Gesetzliches und übergesetzliches Recht*, 1946, tudo reunido em sua *Rechtsphilosophie*. Sobre a referida guinada: Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica*; Tjong, Zong Uk, em *ARSP*, 1970, pp. 245 ss.

[60] Mezger, Edmund, *Moderne Wege*.

[61] Cf. *supra* § 22.

[62] Manzini, Vicenzo, *Trattato*, I, pp. 7 ss.

[63] Cf. Leyret, Henry, *Les jugements du Président Magnaud*.

[64] Cf. Landecho Velasco, Carlos María e Molina Blázquez, Concepción, em *Derecho Penal Español*, p. 92.

das coisas[65], e na Itália (de modo particular o teleologismo de Giuseppe Bettiol)[66]. Tratava-se de encontrar uma metodologia que pusesse limites ao poder do legislador. Em meio a todas essas tendências do jusnaturalismo renascido, houve também uma corrente que procurava solucionar o problema através do *objetivismo valorativo* ou *ética material*, de Max Scheler (1874-1928) e Nicolai Hartmann (1882-1950)[67]. No âmbito penal, o mais importante intérprete próximo a essa tendência, embora por outra via[68], foi Hans Welzel (1905-1977), diretriz que levou a cabo de um modo bem elaborado e com componentes originais, traduzidos em um jusnaturalismo mínimo[69], conforme sua teoria das estruturas lógico-objetivas (*sachlogischen Strukturen*)[70], passível de ser sintetizada da seguinte maneira: **a)** o objeto desvalorado não é criado pela desvaloração, mas anterior a ela, ou melhor, independentemente da mesma; o direito, quando desvalora uma ação, não a cria, pois ela existe sem depender do desvalor jurídico. **b)** A desvaloração deve respeitar a estrutura do ser que desvalora, porque seu desconhecimento a fará incidir sobre um objeto diferente ou no vazio. **c)** *Estruturas lógico-objetivas* são, portanto, as que vinculam o legislador com o ser daquilo que desvalora, o qual se acha relacionado com ele, mas não pode estar alterado. **d)** Quando há desconhecimento de uma estrutura dessa natureza, a legislação é imperfeita, fragmentária, mas nem por isso inválida, porquanto a valoração continua sendo a mesma, ainda que recaia sobre um objeto diferente. **e)**

[65] A respeito da natureza das coisas, produziu-se, na época, uma vasta bibliografia a cargo de vários autores. Entre eles – além do próprio Radbruch – Maihofer, Werner, *Recht und Sein*, e também *Naturrecht als Existenzrecht*; Ballweg, Ottmar, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*; Fechner, Erich, *Rechtsphilosophie*; Schambeck, H., *Der Begriff der Natur der Sache*; Stratenwerth, G., *Die rechstheoretische Problem*; Recasens Siches, Luis, *Experiencia jurídica*; Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "Naturaleza de las cosas"*; Kaufmann, Arthur, *Analogie und Natur der Sache*; Baratta, Alessandro, em *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, pp. 173 ss.; ainda deste, em *Fest f. E. Wolf*, pp. 137 ss.; Cerezo Mir, José, em *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.*, Madri, 1961, pp. 72 ss.

[66] Bettiol, Giuseppe, *Scritti giuridici* 1966-1980; *Gli ultime scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6, V. 82*; *El problema penal*.

[67] Scheler, Max, *Ética – Nuevo ensayo*; *Il formalismo nell'ettica e l'ettica dei valori*; *El puesto del hombre en el cosmos*; Hartmann, Nicolai: *Ethik*; *Introducción a la filosofía*.

[68] Engisch, Karl, assinalou a procedência de Hartmann, em *Fest. f. Kohlrausch*, pp. 141 ss., assim como Würtenberger, Thomas, em *Die geistige Situation*, p. 6. Welzel respondeu (em *El nuevo sistema*, p.12) que tanto Hartmann quanto ele haviam adotado a ideia de Hönigswald, R., em *Die Grundlagen*. O já citado Tjong rastreou meticulosamente as fontes assinaladas por Welzel (Tjong, Zong Uk, em *ARSP*, 1968, pp. 411 ss.). Não deixa de ser paradoxal que uma teoria do delito desmerecedora da causalidade tenha provindo de um filósofo causalista (Hartmann), que foi, sem embargo, quem enunciou originalmente a fórmula, que tanto sucesso obteria, de que o processo (causal) avança "às cegas", enquanto o homem "é vidente" (Hartmann, Nicolai, *Autoexposición Sistemática*, trad. B. Navarro, México, 1964, ed. Un.Aut. México, p. 62).

[69] Baratta, Alessandro, em *An. Bib. di Filosofia del Diritto*, 1968, pp. 227 ss.

[70] Sobre elas, Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, assim como em *Fest. f. Niedermeyer* e em *Fest. f. H. Henkel*.

Não obstante, haveria um limite onde esse desconhecimento invalidaria diretamente a norma: quando o que se desconhece é a estrutura do ser humano como pessoa (ente responsável).

9. O que se extrai dessa teoria é uma certa limitação da potestade repressiva penal; no entanto, não configura ela uma concepção jusnaturalista em sentido estrito, motivo pelo qual a caracterizaram – não sem razão – como um *direito natural negativo*, que serve para *indicar o que não é direito, sem pretender de modo algum determinar perfeitamente como deve ser o direito*[71]. Ainda que as implicações de uma posição tão moderada não pudessem ter qualquer significação jusnaturalista em sentido idealista, Welzel extrapolou o marco no manejo da mesma, ao pretender que o ôntico seja capaz de propiciar um conceito jurídico e, sobretudo, ao dar ao poder punitivo a função de tutelar uma ética social mínima. Com isso, Welzel infringia suas próprias premissas, pois a proveniência ôntica dos conceitos jurídicos minimizava a intencionalidade política da construção, enquanto o postulado de que a pena fortalecia o sentimento ético da sociedade redundava em uma teoria de prevenção geral positiva[72], que não resistiria à prova de sua submissão a uma estrutura lógico-objetiva. Daquilo que só podia ser um limite dentro da elaboração conceitual, pretendeu ele extrair ou deduzir os próprios conceitos. Durante trinta anos essa concepção alternativa para o direito penal neokantiano preponderou no debate alemão, transcendendo em muito suas fronteiras (*finalismo-causalismo*). De qualquer maneira, tal discussão não foi vã: *hoje se conhecem os graves riscos de pretender que o ôntico possa impor-nos conceitos, assim como se sabe que seus dados representam um limite que deve ser observado na construção dos conceitos*.

V. Estados de direito ameaçados: b) ficção de modernidade consumada no funcionalismo sistêmico

1. A partir da sociologia desenvolveu-se um discurso que logo passou para a criminologia e daí para a dogmática jurídico-penal, até ganhar cor nesta boa parte do pensamento penal *pós-welzeliano*: tratava-se do renascimento das concepções orgânicas da sociedade na forma da *sociologia* e do *funcionalismo sistêmicos*. Tais concepções já se acham presentes bem antes nas ciências sociais, a ponto de Aristóteles tê-las mencionado, ao passo que algo análogo pode-se dizer da análise funcional, onde se explica uma instituição ou modelo de condu-

[71] Assim, Julius Moor, citado por Engisch, Karl, em *Auf der Suche.*, p. 240. Opinião idêntica tem também Fernández, Eusebio, em Garzón Valdés, E. e Laporta, F. (orgs.), *El derecho y la justicia*, pp. 55 ss.

[72] Cf. *supra* § 6.

ta em virtude de suas consequências serem positivas para uma estrutura ou uma dominação; bem como podem ser registrados textos marxistas que de certa forma correspondem a essa análise, não faltando quem considere ser todo o materialismo dialético uma análise funcional[73]. Disso resulta que, embora toda concepção orgânica da sociedade tenda a ser antidemocrática e reacionária[74], não é possível dizer a mesma coisa das análises funcionais, que representam apenas um método paralelo às explicações causais e intencionais nas ciências sociais[75]. O funcionalismo sistêmico contemporâneo em sociologia invoca como avalista uma descendência de Durkheim[76].

2. Embora o atual direito penal se mantenha vinculado aos marcos ideológicos do neokantismo e do ontologismo, há uma forte corrente teórica que inova e, apesar de não alterar muitas de suas inúmeras consequências e de retornar de certa forma ao idealismo alemão (neokantismo e hegelianismo), enlaça-se mais ou menos manifestamente com teorias sociológicas, na tentativa de reduzir a brecha entre o direito penal e as ciências sociais. Para isso tal corrente se reconcilia com a sociologia teórica que representa menos perigo para a legitimidade do poder punitivo, quer em sua versão norte-americana, quer em sua correspondente alemã: a *teoria sistêmica da sociedade*.

3. A principal característica de qualquer teoria sistêmica da sociedade é sua tônica nos dados de estabilidade, justamente por permitirem concebê-la como um sistema, tantas vezes bastante próximo de um organismo. Foi uma teoria social dominante nos anos trinta e quarenta norte-americanos, cujo representante mais conhecido chamava-se Talcott Parsons (1902-1979)[77]. Era a ideologia do *welfare state*, equivalente sociológico do *keynesianismo* em economia, ambas funcionais para o *new deal* norte-americano[78]. Dentro dessa corrente deve ser mencionado também Robert Merton, que interessa mais à criminologia do que ao direito penal[79], pois não partia da análise do sistema, mas chegava a ele como um conceito aberto, ao contrário do mais acentuado idealismo de Parsons, que centrava sua atenção no próprio conceito de sociedade como sistema, sem o qual não se poderia compreender nenhum de seus elementos, que sempre deviam fazer referência ao

[73] Cohen, G. A., *Karl Marx's theory of History*.

[74] Sobre a sociologia organicista (eliminadora de contradições) como resposta ao marxismo, que na Grã-Bretanha redunda em antropologia, escreveu Anderson, Perry, *La cultura represiva*, p. 59; igualmente Therborn, Göran, em *Ciencia, clase y sociedad*, p. 383.

[75] Geralmente, a distinção de níveis, inclusive em sua aplicação ao saber penal, é reconhecida; por todos, cf. Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos*, p. 429.

[76] Lukes, Steven e Scull, Andrew, em *Durkheim and the law*.

[77] Sobre esse sociólogo, cf. Hamilton, Peter, *Talcott Parsons*.

[78] Cf. Gouldner, Alvin W., *La sociología actual*, pp. 136 ss.

[79] Cf. *supra* § 13, IV.

todo[80]. A ideia pretensamente diferenciadora do organicismo é que a sociedade não representa um organismo, mas pode ser analisada como um sistema, do mesmo modo que o organismo: o *ponto de partida fundamental é o conceito de sistema social de ação. A interação de atores individuais ocorre em condições tais que é possível tratar semelhante processo interativo como um sistema no sentido científico e sujeitá-lo à mesma ordem de análise teórica que foi satisfatoriamente aplicada a outros tipos de sistemas em outras ciências*[81]. Essa mesma ideia[82] será levada ao extremo pelo radicalizado funcionalismo de Luhmann, até o ponto de separar a ação do centro de sua sociologia, para localizar nele o próprio sistema, biologizando a proposta mediante a transferência da *autopoiese* (defendida pelos biólogos chilenos Valera e Maturana[83]) do orgânico ao social[84].

4. O controle social parsoniano era um conceito limitado à hipótese em que fracassa a socialização, evidenciada em condutas desviadas, requerentes da intervenção de mecanismos de controle social como o sistema penal. Sendo Parsons um teórico do *welfare state*, sua teoria social se harmoniza perfeitamente com uma ordem que, com bondade, distribui papéis e domestica, reservando o controle social como rede de segurança que acolhe alguns que não a compreendem. Em sua teoria, a limitação de sanções é uma necessidade imposta pelo próprio sistema, o que explicava por via próxima à psicoanálise: *ego* interage com *alter*, mas quando *alter* tem reações ambivalentes, as atitudes de *ego* serão exageradas e drásticas, razão por que *alter* recomporá novamente as tendências e ingredientes alienantes de sua orientação ambivalente. A sanção inflexível, por sua vez, em lugar de debilitar o componente alienante de *ego*, iria fortalecê-lo, pois perceberia haver alguma coisa em *alter* que aprova sua tendência e que se manifesta em sua própria ambivalência, expressa tanto no exagero das sanções quanto na equivocidade da atitude.

5. A sociologia sistêmica alcançou um importante desenvolvimento na Europa, particularmente na Alemanha, graças a Niklas Luhmann[85]. Como decorrência da

[80] O crime explicado, segundo esses autores, em Köning, René, *Sociología*, pp. 124 ss.

[81] Parsons, Talcott, *The social system*, p. 3, autor também de *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas*; *El sistema de las sociedades modernas*, México, 1987; e Johnson, Harry M., *Sociología*.

[82] Bertalanffy, Ludwig von, *Teoría general de los sistemas*.

[83] Cf. Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme*, pp. 64 ss; tal conceito nos biólogos chilenos Varela, Francisco e Maturana, Humberto, *De máquinas y seres vivos*, p. 79; Maturana R., Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*

[84] Luhmann, Niklas, em *Zona Abierta*, 70-71, 1995, pp. 21 ss.

[85] Luhmann, Niklas, *Ilustración sociológica*; *Soziale Systeme*; *Introducción a la teoría de los sistemas*; *Sociedad y sistema*; *El Derecho como sistema social*, em *No hay derecho*, Buenos Aires, ano V, nº 11, p. 29 ss.; *Poder*. É também de Luhmann e Georgi, Raffaele, *Teoría de la sociedad*, e de autoria deste último, *Ciencia del derecho y legitimación*; AA.VV., *Zona abierta*, 70-71. Detalhes descritivos de sua concepção jurídica em Giménez Alcover, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Um estudo completo de sua sociologia em Izuzquiza, Ignacio, *La sociedad sin hombres*; Navas, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*.

característica fagocitária de elementos legitimantes que a dogmática jurídico-penal possui, não causa estranheza o considerável impacto nela causado. A primeira diferença notória entre o conceito de sistema de Luhmann e o de Parsons reside no fato de que, enquanto para este último o sistema social é autônomo, fechado em si mesmo e em convivência com outros sistemas (sociedades), Luhmann lhe dá uma versão muito mais organicista: o sistema não está fechado em si mesmo, mas sim aberto e em permanente relação com o meio ambiente, de modo que ele não é estático, porém dinâmico, em constante tensão com o entorno extra-sistêmico, não controlável por ele, e logo reagindo (para manter seu próprio equilíbrio interno), apelando para estratégias de seleção e redução (redução da complexidade do entorno para aumentar a do sistema). Nessa tarefa, o único critério de verdade é a eficácia quanto à manutenção do equilíbrio interno do sistema. Isto implica uma legitimação *a priori* do sistema e de seu equilíbrio, que não admite réplica.

6. A tese sistêmica de Luhmann requer uma definição do *ambiente*, pois não admite o conceito tradicional de sociedade entendida como o conjunto de indivíduos ou de interações entre eles, mas os considera, tanto os indivíduos quanto a sociedade, dois sistemas que, por suas diferenças estruturais, não podem ser comparados. Portanto, o ambiente do sistema social não é outra coisa senão sistemas humanos, estando o equilíbrio do primeiro referido ao conjunto dos sistemas *humanos* submetidos. Como téorico da sociedade industrial avançada, Luhmann considera que o ambiente é composto de *subsistemas* (humanos) cada vez mais diferenciados (fenômeno diverso daquele que ocorreria nas *sociedades primitivas*, tese originária de Durkheim), mas ao mesmo tempo mais necessitados de dependência. O *progresso* aumentaria a incompatibilidade e a dependência entre os seres humanos, exigindo uma permanente reelaboração do sistema para manter seu equilíbrio diante da crescente complexidade social.

7. A complexidade que o ambiente opõe ao sistema é a multiplicidade de vivências dos humanos, que pluraliza expectativas díspares. Isso, porém, é complexo para o sistema, porque ele sente necessidade de harmonizá-las, a fim de estabilizar-se, de modo que será sempre o sistema aquele que determina o que é o complexo e o que dele deve ser selecionado e reduzido. Assim, o sistema vai selecionando seus próprios limites, bem como harmonizando as expectativas mediante uma *simplificação* daquelas selecionadas, com o estabelecimento de normas generalizantes e com *crescente distribuição de papéis a serem desempenhados em relação às concretas expectativas dos humanos*. Em síntese: *toda a teoria se sustenta na necessidade de controle que se legitima por si mesma e age de acordo com um contínuo fortalecimento dos papéis*. Surge aqui uma clara manifestação de organicismo extremo: as consciências – ou seja, as seleções individuais – devem subordinar-se aos papéis que as tornam funcionais para o sistema, assim

como o equilibram[86]. A riqueza da consciência se reduz à simplificada incorporação ao sistema na forma de papéis mais ou menos generalizados e sempre normatizados funcionalmente. Para isso, Luhmann nega tanto as relações de causalidade quanto as de finalidade: os sistemas se explicam apenas pela funcionalidade. Os seres humanos atuariam de uma maneira funcional à medida que se adaptassem a papéis cuja função é equilibrar o sistema, o qual, por sua vez, normatiza estes últimos, a fim de obter a manutenção de seu equilíbrio e, assim, continuaríamos dentro desse círculo. Luhmann afirma que tais relações normativas (simplificadoras) não fazem outra coisa senão facilitar a escolha dos humanos, aliviando-lhes o peso de atuar com consciência de tudo em cada circunstância, o que seria impossível ante a crescente complexidade da sociedade industrial avançada. Isso se aproxima muito da resignação diante da manipulação ou anulação da consciência, ou seja, em termos existenciais, de uma glorificação da inautenticidade (do *das Man* impessoal). Tal fato é confessado abertamente quando se afirma que a norma ou regra dá uma orientação para a escolha, que impede sua busca na própria expectativa, o que poderia conduzir a erros, ou seja, que o sistema se equilibra à medida que os humanos se assemelham a burocratas obsessivos. Essa facilidade de escolha suscitaria um consenso[87] que consistiria apenas na falta de dissenso advinda de uma crescente ignorância e semelhante à carência de informação e à indiferença.

8. Quanto aos valores, Luhmann quase os reduz ao equilíbrio do sistema, ao passo que todo o restante se torna relativo, rebaixado a valores instrumentais, dos quais pode valer-se ou desfazer-se, desde que isso seja funcional para o respectivo equilíbrio (quer dizer, para o sistema), aceitando essa constante substituição mediante os chamados *equivalentes funcionais*. Ele afirma, por exemplo, que o discurso jurídico não pode levar em conta dados da realidade, como a excepcionalidade da movimentação (seletividade) do sistema penal, porquanto perderia funcionalidade, que só é possível manter mediante a conservação de suas características de esquematização e normativismo, isto é, que o discurso jurídico-penal é *verdadeiro* porque é *falso*. Tal paradoxo pode ser defendido pelo fato de não depender da legitimidade de nenhum valor – nem sequer da verdade – mas apenas da eficácia operacional que tem para o sistema. Isso obedece à circunstância de que as *expectativas de comportamento estabilizadas na forma de resistência às variações das situações fáticas* ressaltam o *símbolo* do dever ser. Esta seria uma ineludível necessidade do sistema, razão pela qual, para Luhmann, o direito é apenas uma normatização generalizante que deve ser aceita mecanicamente, sem exigir qualquer motivação: só é legitimado porque é aceito.

[86] Diante da consequência de pretender normatizá-los, nasce a pergunta sobre quem concede os papéis em uma sociedade (cf. Niño, Luis Fernando, em Perspectivas criminológicas no umbral do Terceiro Milênio, p. 44).

[87] Uma crítica à teoria do consenso, que remonta a Durkheim, em Samaha, Joel, *Criminal law*, p. 28.

9. Algo parece não convencer em uma teoria que sustenta que o *direito se legitima porque é aceito, mas não se deslegitima porque na imensa maioria dos casos ele não atua*. Torna-se curioso admitir que a única coisa importante é que seja aceito, sem se perguntar por que nem para que: o fundamental seria a disposição para adaptar-se a qualquer norma, só por ser ela necessária ao equilíbrio do sistema. A aceitação *estabilizante* da normatização jurídica se processa por distração (não pensar nisso), do mesmo modo que ninguém se questiona por que deve tocar a campainha ao chegar a uma casa ou por que se tem de pagar a alguém que lavou seu automóvel, mas que simplesmente o faz porque sabe que *deve fazê-lo*. Como constata que a crescente complexidade – pluralidade de expectativas – provoca uma paralela incapacidade das normas generalizantes para satisfazê-las, ou seja, a maior complexidade gera maior frustração, entende que o equilíbrio do sistema apela para uma instância particularizadora, que é a *práxis judicial*, capaz de *repetir em uma sociedade diferenciada aquilo que nos sistemas sociais menores pode ser levado a cabo sem fazer distinções*. A referida *práxis judicial* (que equivale aos ritos e às feitiçarias na sociedade complexa) necessita de um *procedimento* que, para Luhmann, é um exemplo importantíssimo por ser o instrumento mediante o qual a diversidade de expectativas é reduzida a um *papel*, que cumpre a função de absorver ou canalizar o protesto, ideia que coroa a cortante distinção feita por Luhmann entre *o sentido do sistema* e *o sentido do sujeito*, ou seja, entre o sacrifício das expectativas individuais e a aceitação imotivada do direito.

10. O organicismo da teoria de Luhmann se expressa através da tese da *autopoiese*, que iria caracterizar tanto a sociedade quanto os organismos vivos, e que foi extraída diretamente da biologia, segundo Varela e Maturana que, baseados em uma versão do neodarwinismo social, transferem a *autopoiese* do orgânico para o social: Luhmann qualifica essa transferência como a mais importante revolução epistemológica do século[88]. O sistema social de Luhmann é *autopoiético*, quer dizer, como todo organismo vivo, ele se define pela constância (conservação e reprodução em uma organização auto-referente) de determinadas relações de seus elementos constitutivos. Teubner adota as mesmas ideias biológicas e se arvora em teórico da crise do *welfare state*, justificando-a como resultado do desequilíbrio por permitir uma excessiva multiplicidade de expectativas e a consequente sobrecarga do mesmo[89]. O funcionalismo sistêmico acaba com Teubner na *legitimação do desbaratamento do estado de bem-estar*, ou seja, na deslegitimação deste por ser incapaz de manter o equilíbrio do sistema.

[88] Cf. Zolo, Danilo, em *Zona Abierta*, nº 50, Madri, 1989, pp. 203 ss.; em sentido crítico, Habermas, Jürgen, *La Lógica de las Ciencias Sociales*, pp. 389 ss.

[89] Teubner, Gunther, *O direito como sistema autopoiético*, analisa a evolução da teoria jurídica no contexto da autopoiese, em uma espécie de darwinismo jurídico (p. 96). Sobre a auto-referência do direito também escreveu Martyniuk, Claudio Eduardo, *Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas*; em sentido análogo a Teubner, Krawietz, Werner, *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos*, pp. 85 ss. Com finura afirmou-se que na versão penal subjaz uma concepção kelseniana, onde a norma fundamental foi substituída pela autopoiese (Vives Antón, Tomás S., *Fundamentos*, p. 444).

11. A versão mais radicalizada do funcionalismo sistêmico chega a extremos incompatíveis com o estado de direito, pelo menos em sua transferência para o sistema penal ou nas consequências extraídas por aqueles que o fazem. a) Constitui uma posição que interrompe qualquer diálogo, pois por si só se converte em um discurso *autopoiético*: supõe que quem admitir que deva haver poder estatal e que este deva ter eficácia não pode discutir sua legitimidade, ou seja, que o poder punitivo existe ou não existe e, quando existe, deve ser aceito e legitimado incondicionalmente, mesmo com suas características negativas. Eis a expressão máxima daqueles que pretendem que o programa moderno esteja perfeitamente realizado: *o que é e como deve ser* ou, em outras palavras, *deve ser porque é*. Consiste em uma singular interpretação do princípio hegeliano baseada em leis extraídas da biologia[90]. b) Ao aceitar e legitimar os elementos estruturalmente negativos do poder punitivo e torná-los positivos por meio da função autopoiética de equilibrar o sistema, converte-se em uma teoria *antiética*: o supremo valor é o sistema e todos os demais valores são meros instrumentos[91]. Pressupõe a *ficção de absoluta racionalidade do estado real*, porquanto, em caso contrário, seria aberrante, tendo em vista que qualquer atrocidade seria legítima se fosse funcional para o sistema: por *reductio ad absurdum*, em uma sociedade na qual uma alarmante desigualdade entre miseráveis e ricos incrementasse a criminalidade patrimonial, seriam funcionais os exterminadores de delinquentes juvenis, porque reduziriam as expectativas de parte da população e contribuiriam para a função autopoiética de manutenção do equilíbrio do sistema. Essa consequência disparatada é evitada quando se reconhece que a proposta sistêmica na dogmática é altamente abstrata e, portanto, descreve alguma coisa semelhante a um dispositivo que sempre funciona igual, mas que só se legitima se for predisposto para agir em prol do bem. Argumenta-se que, assim, *o funcionalismo não nega os problemas de legitimação, mas os considera prévios*[92], porém, na realidade, dá por realizado o estado racional hegeliano[93]. Com isso, se arvora em uma teoria radicalmente juspositivista, que

[90] Tem toda razão quem sustenta que ela se converte em um obstáculo para o conhecimento do direito (conforme afirma La Spina, Antonio, em *Sociologia del Diritto*, Milão, 1998, I, p. 59 ss.).

[91] A respeito da antropologia do funcionalismo sistêmico radical, observou-se que sua característica mais importante é o repúdio do ser humano como integrante da sociedade e do conceito de ação como elemento central de análise da sociologia (cf. Izuzquiza, Ignacio, *La sociedad sin hombres*, cit., p. 230). Com razão, assinalou-se que suas categorias perdem a perspectiva do humano-individual para convertê-lo em algo intercambiável e inteiramente fungível (cf. Zolo, Danilo, em *Democrazia e Diritto*, XXVI, 1986, p. 15 ss.).

[92] Segundo Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos J. e Cancio Meliá, Manuel, em Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1997, p. 27.

[93] O estado de direito realizado no funcionalismo penal, em Jakobs, Günther, *Ciencia del Derecho ¿técnica o humanística?*, p. 27, onde o estado atual é visto como o estado no sentido de Hegel, como a eticidade do momento presente.

pretende aceitar o valor da crítica, embora teorize o direito penal de modo completamente acrítico, ou seja, um novo recurso para preservar este último de toda *contaminação* crítica, deixada em um nebuloso campo anterior (político): Luhmann nega expressamente à dogmática toda possibilidade crítica[94]. Não se trata de uma simples questão metodológica nem teórica, mas sim prática: essa teoria oferece ao juiz o cômodo expediente de uma técnica onde se amparar, com o argumento de que toda outra consideração é *política*. O estado teria comprado o aparato penal do qual o juiz faz parte, e este não faria outra coisa senão acioná-lo como é devido; só a política seria responsável por seu uso perverso. Em uma análise funcional, pode-se afirmar que isto é um equivalente reelaborado do neokantismo.

12. Por outro lado, **c**) trata-se de um discurso que conduz a ficção de modernidade realizada até o limite do antimoderno, chegando a ser *anti-ilustrado*: o humano não é um ente que decida e requeira a garantia de maior espaço de decisão social e realização, mas sim, pelo contrário, urge limitar-lhe esse espaço, institucionalizando contrafaticamente suas decisões que ameaçam o sistema, sob pretexto de sobrecarga. A pretensão glorificada da redução de expectativas mediante um atuar sem pensar é expressão de uma antropologia reacionária antimoderna, próxima ao pensamento da Restauração: o homem livre provoca o caos; só a redução de seus espaços suscita ordem. Que tudo isso seja dito sem prejuízo de que o próprio fundamento biológico da teoria (apenas a ordem por redução de escolhas evita o caos) esteja hoje discutido pelas conclusões do estudo dos fenômenos de não-equilíbrio e dos sistemas dinâmicos instáveis, assim como pela introdução da estatística e da probabilidade nas ciências sociais[95]. **d**) Esse modernismo, que atua nos limites do antimodernismo, revela-se próximo a alguns conceitos de Carl Schmitt, tanto em seu programa de individualização das expectativas consideradas não-funcionais quanto na produção de *consenso como simples não-dissenso*. A individualização é a decisão pela qual se identifica o inimigo, tarefa que, para Schmitt, pertencia à essência da política[96], ao passo que a domesticação, em forma de não-dissenso e não-pensar, é uma homogeinização populacional muito parecida com a *igualação* que, na opinião de Schmitt, era a verdadeira igualdade[97] e, por definição, se contrapõe ao *right to be different*, que é o verdadeiro direito à igualdade de raizame liberal.

[94] Sustenta ele que a característica mais importante da dogmática é a proibição de negar: Luhman, N., Sistema jurídico e dogmática.

[95] Contra os teóricos do equilíbrio, Prigogine, Ilya, em *El fin de las certidumbres*, p. 30; Descombes, Vincent, *Lo mismo y lo otro*, pp. 179 ss.

[96] Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, p. 24.

[97] O sentido de igualdade se perverte em meio a uma pretensa igualação concreta dos companheiros, que só se encontra na comunidade do povo, da qual o estado é a forma de existência (cf. Marxen, Klaus, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, pp. 62 e 63).

13. A ficção de consumação do estado racional do funcionalismo de algum modo vai ao encontro das ficções que apelam para a política criminal[98] e é funcional para a legitimação da demagogia penal das últimas décadas. Apesar de, a partir de diferentes posicionamentos, terem-se feito advertências contra isso[99], a política criminal vem brincando de oportunismo partidário[100] desde os anos sessenta, fato que se agravou com a crise do estado de bem-estar[101] e os efeitos pouco controláveis do fenômeno chamado de *globalização*[102], por onde o capital circula até encontrar rendas mais favoráveis, inclusive devido à mão de obra escrava, ao passo que os ofertantes não podem circular, o que gera concentração de riqueza, desemprego, assim como uma grande perda de poder dos estados nacionais[103] e de seus operadores políticos que, impotentes diante dos conflitos[104], usam as leis penais como propaganda eleitoral. O disparate legal não conhece ideologias[105], e as leis que pretendem controlar a violência social, tanto quanto fenômenos criminais estruturalmente impunes em razão da própria dinâmica do incontrolável poder transnacional[106], derivam de um crescente direito penal de risco, ao antecipar a punição para atos de tentativa ou preparatórios, com possibilidade de indiscriminada criminalização[107].

[98] *Infra*, nº VI.

[99] Sobre isso, Albrecht, Peter-Alexis, em *La insostenible situación del Derecho Penal*, p. 473 ss; Delmas-Marty, Mireille, *Le flour de Droit*, p. 44; Dinacci, Ugo, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*; Juarez Tavares, em Discursos Sediciosos, ano 2, nº 4, pp. 43 ss; Palazzo, Francesco, em *Dizionario storico dell'Italia Unita*; deste mesmo autor, em *Questione giustizia*, nº 2, 1991, pp. 314 ss., assim como em *La recente legislazione penale* e em *Politica del Diritto*, 1993, 3, pp. 365 ss; Stefani, Gaston, Levasseur, Georges e Bouloc, Bernard, em *Droit pénal géneral*, p. 18; Toron, Alberto Zacharias, Crimes Hediondos, São Paulo, 1996.

[100] Por exemplo, Downes, Davide e Morgan, Rod, em DDDP, 1993, 3, pp. 43 ss.

[101] O'Connor, James, *The fiscal crisis of the State*. Suas projeções em Serrano-Piedecasas, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social*; Díaz, Elías, em *Crisis y futuro del estado de bienestar*, pp. 227 ss.; do mesmo autor, em *Estudios de Deusto*, vol. 37, 2, fasc. 83, 1989, Bilbao, pp. 383-395; Loïc Wacquant, Punir os Pobres, Rio, 2000, ed. F. Bastos.

[102] Sobre isso, Zaffaroni, E. R., em NDP, 1999/A, reproduzido em Direito e Cidadania, Praia, República de Cabo Verde, ano 3, nº 8, 1999-2000, e em Zaffaroni, Pierangeli e Cervini, Direito Criminal.

[103] Bergalli, Roberto e Resta, Eligio, *Soberanía: un principio que se derrumba*; Furtado, Celso, *O capitalismo global*; Beck, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione*.

[104] O Estado perdeu poder para resolver conflitos, mas isso não significa que não tenha crescido quanto à função de instrumento de controle (cf. Hosbawm, Eric J., *Intervista sul nuovo secolo*, p. 33).

[105] Karam, Maria Lúcia, em Discursos sediciosos, nº 1, 1996, p. 79 ss.

[106] Bassiouni, M. Cherif e Vetere, Eduardo, *Organized crime*; Cesoni, M. L., em *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, pp. 320 ss.

[107] Pannaralle, Luigi, em DDDP, nº 1, 1998, p. 86.

14. A partir do reconhecimento de que a atual tendência globalizante aumenta a conflituosidade e os perigos naquilo que se chamou de sociedade de risco[108], a teoria que legitima o direito penal de risco desemboca em um estado preventivista, que afoga o estado de direito[109], confundindo prevenção policial com repressão penal[110], substituindo a ofensividade pelo perigo[111] e reduzindo os riscos permitidos[112]. O direito penal de risco converte os delitos de lesão em delitos de perigo, ao eliminar o *in dubio pro reo* quando não se pode provar, com certeza, a produção do resultado[113], assim como a reserva de lei mediante a administrativização[114]. A proveniência antiliberal do direito penal de risco é clara; modernamente tem sua origem nas ordenações alemãs do século XVI[115] e nas leis espanholas e portuguesas contra vadios, ou seja, naquilo que para a posterior legislação liberal corresponderia a contravenções de polícia[116], tendo alcançado seu máximo desenvolvimento na legislação nazista[117]. Agora ele é legitimado aduzindo-se o fato de que quando a sociedade fica alarmada urge promulgar leis penais, como se procedeu sempre que se invocou uma emergência, só que atualmente isso é feito em relação aos riscos[118]. A diferença reside em que hoje ele é legitimado sabendo-se que serve apenas para acalmar a opinião conjuntural, chegando-se a sustentar que seria impossível retornar *ao bom e velho direito penal liberal* como uma espécie de direito penal mínimo[119] e inclusive a afirmar que este jamais existiu, mas que era o mero contrapeso de penas muito graves, daí deduzindo que, quando as penas não são tão severas, menos imprescindíveis se tornam as garantias e os limites para o poder punitivo[120], o que sempre foi o clássico argumento para facilitar o controle policial da vida cotidiana: sempre se minimizou normativamente,

[108] Fabiani, Jean-Louise e Theys, Pacques, *La société vulnérable*; Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*; um panorama das teorias sociológicas de risco, de Beato, Fulvio, em De Nardis, Paolo, *Le nuove frontiere delle sociologia*, pp. 343 ss.

[109] Cf. Denninger, Erhard, em *Kritische Justiz*, 1998, pp. 1 ss.

[110] Cf. Gropp, Walter, *Strafrecht*, p. 26.

[111] Fiandaca, G. e Musco, E., em RIDPP, 1994, p. 34; Hassemer, Winfried, *Três temas de Direito Penal*, p. 55; Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsorge*, pp. 50 ss; também em NFP, nº 53, 1991, pp. 303 ss., assim como em *Revista Penal*, Salamanca, 4, julho de 1999, p. 55; Mosconi, Giuseppe, em DDDP, 1994/3, pp. 59 ss; Moccia, Sergio, em RIDPP, 1995, p. 343; Pavarini, Massimo, em DDDP, 1994/3, pp. 157 ss.

[112] Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, p. 385.

[113] *Idem*, p. 386.

[114] Sgubbi, Filippo, *Il reato come rischio sociale*, p. 51.

[115] Herzog, Félix, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 74.

[116] *Idem*, pp. 7 ss, onde lembra que, para Feuerbach, os delitos de perigo eram delitos policiais que não afetavam direitos subjetivos, conforme a definição constante do § 2, 4 do StGB de 1813.

[117] Cf. *supra*, nº II.

[118] Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko*, p. 127.

[119] Lüderssen, Klaus, *Abschaffen des Stgrafrechts ?*, p. 383.

[120] Conforme Silva Sánchez, Jesús-María, em *La expansión del Derecho Penal*, p. 115, assim como sua defesa do princípio de eficiência, em ADPCP, 1996, p. 93 ss.

a fim de maximizar de uma maneira repressiva[121]. Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abranda-se a ansiedade[122] ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um direito penal promocional[123], que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia[124]. Isso não parece ser outra coisa senão a sempre condenada limitação aos direitos humanos em função de conceitos de ordem pública e moral[125], particularmente em situações de emergência, manipuladas à margem de qualquer ética republicana. Inclusive as denúncias do feminismo, que constituem um perigo ideológico a ameaçar hoje o poder punitivo[126], podem neutralizar-se com a mesma armadilha legitimadora[127].

VI. Estados de direito ameaçados: c) ficções de modernidade consumada na política criminal e na teoria política

1. As ideologias que consideram realizada a modernidade e, portanto, caem na ficção do estado racional como realidade consumada, deram lugar à chamada *nova defesa social*, como corrente paternalista, de algum modo tributária do positivismo perigosista, tratando de equilibrar este com os direitos humanos em uma interpretação político-criminal, aspirante a um direito penal tutelar de aspecto bondoso, graças a Marc Ancel (falecido em 1990) e a uma versão próxima à de Dorado Montero, devida a Filippo Gramatica (falecido em 1979)[128]. Não obstante, não é essa a corrente que hoje predomina no âmbito da política criminal e que vem tendo sérios reflexos legislativos nos últimos anos. Realmente, desde o plano político-criminal, o direito penal tem sofrido o embate de

[121] Cf. Zaffaroni, E. R., em *Criminología crítica. Seminário*, pp. 103 ss.

[122] Sobre direito penal simbólico, Hassemer, Winfried, em NFP, nº 51, 1991, p. 17; Resta, Eligio, em DDDP, 1994/3, pp. 101 ss, justapõe à visão simbólica do direito penal sua definida dimensão "diabólica".

[123] Cf. García Pablos, Antonio, *Derecho Penal*, p. 52.

[124] Cf. Terradillos Basoco, Juan, em *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 22.

[125] Por todos, Pinto, Mônica, *Temas de derechos humanos*, p. 89.

[126] A esse respeito, cf. Larrauri Pijoan, Elena, em *Análisis del Código Penal desde la perspectiva del género*, p. 35 ss, bem como em *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, pp. 1 ss.; Smaus, Gerlinda, *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*; Williams, Frank e McShane, Marilyn, *Devianza e criminalità*, p. 228.

[127] Advertiu-se, com razão, que se trata de um aliado não apropriado na luta das mulheres (cf. van Swaaningen, René, em *El poder punitivo del estado*, p. 140). Cf. ainda Birgin, H. (org.), *Las trampas del poder punitivo*.

[128] Cf. AA.VV., *Hommage à Marc Ancel*; em sentido crítico, Bettiol, Giuseppe, em *Estudios Penales* (em homenagem a J. Pereda), pp. 111 ss.; na outra vertente, Gramatica, Filippo, *Principii*, assim como *La défense sociale*.

teorias oriundas da ficção do estado racional realizado, com um sentido completamente diferente do assinalado: se o estado racional está realizado, o poder não tem elementos criminógenos e todo crime é produto de uma decisão individual que, pelo menos, deve ser retribuída. Essa tese, dentro de uma formulação bem rudimentar, corresponde à política criminal da chamada, nos anos setenta e oitenta, nova direita norte-americana, perigosa inimiga do direito penal liberal.

2. Nessa linha, poder-se-ia assinalar o novo realismo de Ernest van der Haag, durante os anos setenta, e aquilo que é possível ser chamado de pragmatismo burocrático de Herrnstein nos oitenta[129]. O *novo realismo* era um puritanismo que identificava ordem e utilidade como valores jurídicos supremos, em detrimento da caridade e da própria justiça. Sua noção de pena era a de Durkheim, o que não revelava originalidade. Em nome do valor supremo do complexo *ordem e utilidade*, postulava a pena inclusive nos casos de inimputabilidade, de vez que era mais fácil dissuadir do que reabilitar. Herrnsteiin, por sua vez, propunha renunciar a qualquer análise etiológica e a limitar-se pragmaticamente a estabelecer como se pode reprimir de modo eficaz. O desenvolvimento coerente desse pensamento até suas últimas consequências representaria uma repressão que teria como único limite a vontade do repressor. Herrnstein foi o representante de uma pseudocriminologia republicana dos anos oitenta, difundida em livros de tiragem maciça, nos quais, mais tarde, redescobriu o biologismo criminológico, as investigações com gêmeos univitelinos e, por fim, caiu diretamente no racismo, com a publicação de um *best-seller* escandaloso[130]. Fazendo justiça aos acadêmicos norte-americanos, convém advertir que van der Haag e Herrnstein não fizeram parte da criminologia estadunidense tradicional; eles foram apenas ideólogos oportunistas, que obtiveram notoriedade justamente por causa de suas racionalizações insólitas, fruto de sua tática consistente em colocar entre parênteses o estado, supondo que este e seu exercício de poder eram alheios por completo à conflituosidade criminalizada.

3. Não é possível examinar o painel das tendências que incorrem no paradoxo de ameaçar a modernidade a partir da ficção de sua realização no mundo sem um referência ao quadro geral do poder punitivo real e às perspectivas que ele oferece, algumas das quais se encontram dentro do mesmo esquema ficcional, embora outras se orientem claramente para a renovação dos estados de polícia antimodernos. Por prudência, é preferível examinar esse quadro, que se desloca em torno da emergência da chamada *insegurança urbana*, dentro desse rótulo. A sociologia contemporânea é sociologia urbana, porque a população mundial

[129] van der Haag, Ernest, *Punishing criminals*; Wilson, James Q. e Herrnstein, Richard J., *Crime and human nature*; Wilson, James Q., *Thinking about crime*.

[130] Herrnstein, Richard J. e Murray, Charles, *The Bell Curve*; as críticas norte-americanas em Jacoby, Russell e Gluberman, Naomi (orgs.), *The Bell Curve Debate*.

concentrou-se nas cidades. A concentração urbana aventou o problema da *segurança urbana*, entendendo-se esta como segurança em face do delito nesse meio. Os níveis de segurança urbana têm baixado consideravelmente nas sociedades que adotam o modelo do fundamentalismo de mercado, porque polariza riqueza, produz um crescente número de desempregados e marginalizados, deteriora os serviços sociais e públicos, difunde valores culturais egoístas, divulga a tecnologia lesiva, gera vivências de exclusão que impedem qualquer projeto existencial razoável, aprofunda os antagonismos sociais e, em suma, potencializa toda a conflituosidade social. O mesmo resultado pode ser verificado nesses últimos anos na Rússia e mesmo na China, embora os norte-americanos não sejam capazes de explicá-lo em seu próprio país[131]. Já não acontece a mesma coisa – pelo menos em termos comparativos – com outros modelos capitalistas, como o europeu comunitário, o escandinavo ou o japonês, embora sofram o efeito da expansão do estadunidense, tanto no plano econômico quanto no que diz respeito ao sistema penal. A verdade é que nos Estados Unidos cresce, em índices incríveis, o número de presos e de pessoas controladas penalmente, em sua maioria condenados mediante negociáveis métodos extorsivos. O espantoso aumento do número de encarcerados não correspondeu a nenhuma alteração relevante na incidência criminal, estabilizada nos anos noventa graças ao pleno emprego e a uma redução demográfica da população jovem, deixando em aberto o real objetivo desse encarceramento massivo[132]. O sistema penal se superdimensionou até desempenhar um papel importante na demanda de serviços, que contribui para reduzir o índice de desemprego. Os operadores políticos se curvam à tendência sem variantes nem matizes partidários e disputam clientela eleitoral baseando-se em promessas de repressão maior. O crescimento do sistema penal provocou o crescimento de suas características estruturais, entre elas a seletividade racista. Tem-se advertido sobre o perigo de que redunde em um modelo mundial[133].

4. O modelo estadunidense não corresponde a uma tradição de seu país, mas é um produto das últimas décadas e obedece a vários fatores desse período: a terceirização econômica, a consequente necessidade de criar demanda de serviços, a incapacidade dos agentes políticos para reduzir a conflituosidade, a concentração do poder em corporações com executivos incapazes de fazer planejamento a médio e a longo prazos, a inescrupulosidade política, a demagogia da comunicação simultânea à eclosão comunicacional, o corte de programas sociais, a carga cultural racista, o espaço de poder que lhe permite despreocupar-

[131] Segundo, expressamente, Currie, Elliott, em *Theoretical Criminology*, 1997/2, pp. 147 ss.

[132] Cf. Wacquant, Loïc, Punir os Pobres.

[133] Cf. Christie, Nils, *La industria del control del delito*.

se com os orçamentos deficitários etc. Em que pese haver diversas avaliações do modelo econômico difundido, o certo é que, no plano político-criminal e geral, a segurança cidadã representa um problema real, que é tomado como pretexto para legitimar uma clara tendência ao *controle total da população*, o que, tecnicamente, é possível por meio do controle eletrônico de conduta. A tendência a gerar uma crescente massa de marginalidade urbana, que aumenta a frequência dos delitos comuns e violentos, proporciona o mínimo de realidade necessário à individualização paranoica de um novo objeto ameaçador, análogo ao que todos os totalitarismos requerem para elaborar suas ameaças totais como dados de uma emergência que legitima seus estados policiais. Desse modo, ao compasso do problema real da segurança urbana, desenvolve-se uma confusa *ideologia de segurança total* que anuncia uma nova forma de surgimento do totalitarismo.

5. Confundida parcialmente com a segurança urbana e como capítulo de sua ideologia de segurança total, inclui-se a chamada *guerra às drogas*[134], por meio da qual são introduzidos institutos inquisitoriais próprios dos antigos estados policiais e que, se não revertida a tendência, serão os novos procedimentos extraordinários que sempre foram "ordinarizados" na história[135]: penas desproporcionadas; transferência das funções judiciais para as policiais; tipos de autor; analogia; juízes, testemunhas e promotores anônimos; processos inquisitivos; desprezo pelos princípios liberais; militarização social; ampliação dos âmbitos de corrupção etc. Ainda que pensamentos, tais como os rudimentares da mencionada *nova direita norte-americana*, pudessem ser funcionais para essa tendência, o certo é que eles não têm desenvolvimento teórico. Sua expansão internacional acontece graças a operadores que medram entre a burocracia e a diplomacia; no entanto, trata-se de poderes tão irracionais que não admitem desdobramentos discursivos sérios. *A ideologia da segurança total* é um exercício de poder que se vale de mensagens emocionais simplistas, apesar de eficazes, ante a indiferença dos operadores políticos que não percebem o risco, por estarem ocupados com suas tradicionais lutas competitivas. Não obstante, o estado de polícia não ameaça os estados de direito contemporâneos nas formas de surgimento próprias da primeira metade do século XX, mas sim sob o signo *da segurança total*. Cabe advertir, como dado alarmante, que nos casos históricos anteriores, nos quais os estados policiais fizeram explodir o controle dos

[134] Sobre isso, Batista, Nilo, em *Homenage al Prof. Dr. Jorge Frías Caballero*, pp. 75 ss.

[135] Cf., por exemplo, Braum, Stefan, em *La insostenible situación del Derecho Penal*; sobre o *pentitismo* na Itália, Caraccioli, Ivo, *Manuale*, p. 461. Não deixa de ser estritamente depreciativa a qualificação de *pragmáticas* com que um jurista tradicional, como Jescheck, trata essas reformas processuais (Jescheck, H.H., em *Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochemen*", p. 461).

estados de direito, os operadores destes últimos também foram complacentes com os discursos irracionais: eis o caso paradigmático apresentado pela República de Weimar[136].

6. Contrasta com tais elaborações grosseiras da política criminal norte-americana a verdadeira discussão teórica estadunidense que ocorreu no campo da filosofia política. Contra as tendências utilitaristas ou pragmáticas que provinham ou pretendiam provir da *teoria do beneficiário* de Bentham e do velho pragmatismo americano de Peirce, James e Dewey (aquela que estabelecia juízos satisfatórios segundo a idoneidade para alcançar valores procurados), produziu-se uma reação contrária neokantiana que, em sede penal, legitimava de novo a pena por intermédio de um neo-retribucionismo. Por isso, nos anos setenta o liberalismo teleológico, inspirado em Bentham e em Stuart Mill, foi deslocado por um liberalismo deontológico, de origem kantiana, que deu lugar a uma série de investigações sobre temas que versam a autonomia da consciência e os limites do poder estatal, tais como os referentes a tóxicos, objeções de consciência, aborto, eutanásia, liberdade de expressão etc.[137], que representam um valioso subsídio para o direito penal liberal.

7. Em primeiro plano, Hart mostrou o lado obscuro do utilitarismo[138], que permite o sacrifício de um indivíduo para assegurar a felicidade de outros, e sustenta que, embora a procura do bem-estar geral seja um fim legítimo e necessário, ela constitui um objetivo passível apenas de ser perseguido dentro dos limites que o reconhecimento dos direitos impõe, os quais limitam a ação do estado sobre os cidadãos. Também, em grande parte, o sentido dos conceitos atuais de direito em Rawls, Dworkin e Nozick, mesmo com justificativa diversa e dentro de um quadro de teorias normativas diferentes, consagram o mesmo modelo. John Rawls, em sua *Teoria da Justiça*[139], aprova dois princípios: a) toda pessoa tem igual direito a um regime plenamente suficiente de liberdades básicas equânimes, regime esse que seja compatível com outro similar de liberdade para todos; b) as desigualdades sociais e econômicas hão de preencher duas condições: em primeiro lugar, elas devem estar ligadas a cargos e posições abertos a todos em circunstâncias de completa igualdade de oportunidades e, em segundo, devem procurar beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade. Para aprovar esse modelo, Rawls parte da premissa que ele identifica

[136] Com grande minúcia, Laqueur, Walter, em *La Republica di Weimar*.

[137] Dworkin, Ronald M. (org.), *Filosofía del Derecho*; Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*; Farrell, Martin, *La ética del aborto y la eutanásia*.

[138] Hart, H. L. A., em *Anuario de Derechos Humanos*.

[139] Rawls, John, *Teoría de la justicia*; igualmente em *De los derechos humanos*, pp. 49 ss. Sobre este autor, cf. Giorello, Giulio e Mandadori, Mario, em *Zona Abierta*, 32, Madri, 1984, p. 101, bem como Thiebaut, Carlos, p. 117.

como *posição original*, aquela que, em geral, reproduz o estado de natureza, situação imaginária – ou ficcional – onde as pessoas competem com um *véu de ignorância* que afastaria todos aqueles aspectos e contingências de sua existência que os levariam a atuar interesseiramente. Reedita-se a ficção onde os indivíduos são reputados racionais e razoáveis. Desta concepção deriva um liberalismo neocontratualista que consagra um estado social progressista. Rawls não admite que nenhuma concepção de bem público possa antepor-se à justiça, como essência de sua reação antiutilitarista. Considera liberdades básicas a do pensamento e consciência, a política e de associação, as físicas e a integridade da pessoa e as liberdades que incluem o princípio de legalidade. A mais importante seria a liberdade de consciência ou de pensamento, pois em qualquer circunstância deve preservar-se a autonomia moral da pessoa, o que o aproxima de Kant.

8. Vizinho a esse pensamento está Dworkin, para quem *levar a sério os direitos* pressupõe preservá-los em qualquer caso em face do objetivo coletivo da maioria; postula que *ter um direito* deve significar, pelo menos em princípio, que nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo possa prevalecer diante dele[140]. Por sua vez, Robert Nozick e James Buchanam consagram o modelo do estado neoliberal. Nozick justifica o estado mínimo concedendo-lhe apenas funções de proteção, porque qualquer estado mais extenso violaria o direito das pessoas a não serem obrigadas a fazer certas coisas e, portanto, não se justificaria. Ele parte do estado de natureza de Locke e analisa o modelo social, distinguindo um modelo ínfimo – cujo esquema aparece conceitualizado a partir do que define como associações de proteção privadas – de um modelo máximo que simboliza com o estado-gendarme. A começar pela segunda regra kantiana, Nozick nega a entidade de qualquer constructo superior às pessoas e, por conseguinte, observa que quando se usa alguém de modo transcendente, usa-se sempre em benefício de outrem. Ao contrário de Rawls, que concede a máxima hierarquia aos direitos preservadores da autonomia da consciência, Nozick localiza nessa posição dominante o princípio de *propriedade de si mesmo* (o humano pode apropriar-se de tudo à medida que não piore a situação dos demais), explicativo das desigualdades sociais. Buchanam, segundo uma concepção de estado mínimo, também se diferencia claramente de Rawls; enquanto este utiliza o quadro contratual para dar origem aos primeiros princípios básicos, Buchanam se serve do mesmo para avaliar diretamente as instituições sociais do ponto de vista econômico.

140 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, p. 276. São também deste autor: *El imperio de la justicia*; *Ética privada e igualitarismo político*; Hart, H. e Dworkin, D., *La decisión judicial*, pp. 89 ss, obra que reflete o debate mantido por estes dois autores.

9. No plano penal, todo esse kantismo norte-americano acaba alavancando um retribucionismo mais ou menos contratualista[141]. Tal *liberalismo deontológico* tem, aproximadamente, como traços comuns os seguintes: **a**) a noção de que a moral se acha composta de regras aceitáveis por qualquer pessoa racional em circunstâncias ideais; **b**) que essas regras são neutras a respeito dos interesses concretos dos indivíduos; **c**) que as mesmas também o são no tocante às concepções individuais acerca do bom; **d**) que os destinatários de tais regras são os indivíduos e não os entes coletivos; **e**) que elas se apliquem do mesmo modo a todos os indivíduos, seja qual for sua classe social[142].

10. Uma *crítica ao neocontratualismo kantiano norte-americano* foi levada a cabo por McIntyre, a partir da perspectiva de um neo-historicismo, que refuta o liberalismo deontológico e nega os direitos naturais liberais, os quais assimila às bruxas e aos unicórnios[143]. Sua corrente costuma ser chamada de *comunitarismo norte-americano*, que postula o particularismo e admite o fato de poder o direito fortalecer normas éticas que advêm da comunidade. Sustenta que o liberalismo se curva a um conceito particular de ser humano e pretende tratar de um modo igual pessoas diferentes, quando os direitos surgem em contextos sociais[144]. Afirma que o rechaço de todo interesse comum superior tende à dissolução da sociedade. Nino qualifica essa corrente como *hegeliana* e a opõe ao kantismo como avalista deontológico[145]. De outro ângulo crítico ao neokantismo deontológico norte-americano, como continuador contemporâneo da *corrente pragmática*, surge Richard Rorty, quem entende que as ideias de objetividade e transcendência em nossa cultura, por mais e melhor que tenham feito, devem ser substituídas pela ideia de uma comunidade que vai em busca do consenso intersubjetivo (solidariedade), referente a um etnocentrismo particular, isto é, à democracia norte-americana. Ele renega a objetividade, pois quando uma filosofia trata de encontrar o sentido de uma existência abandona a comunidade, no sentido de fazer coincidir verdade com realidade. Quando a filosofia procura a natu-

141 Vallespin Oña, Fernando, *Nuevas teorías del Contrato Social*; Rubio Carracedo, José, *Paradigmas de la política*; Buchanam, James M. e Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso*; Casahuga, Antoni, *Fundamentos normativos de la acción y organización social*; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*; Kern, Lucian e Müller, Hans-Peter, *La justicia: ¿discurso o mercado?*; Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*; Rawls, John, *Teoría de la justicia*. Também deste último autor: *Justicia como equidad*; *Las libertades fundamentales*, em *Libertad, igualdad y derecho*; *Sobre las libertades*; McIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, assim como *Historia de la ética;* van Parijs, Philippe, *¿Qué es una sociedad justa?*

142 Cf. Alasdair McIntyre, *Tras la virtud*, cit.

143 *Idem*, p. 95.

144 Sobre o ataque de Alasdair McIntyre às ideias neokantianas e à sua falta de conexão com uma ordem social específica, cf. Anderson, Perry, em *Zona Abierta*, nº 57/58, 1991, p. 139.

145 Carlos S. Nino, em *La Política*, nº 1, Buenos Aires, 1996; do mesmo autor, em *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madri, 1988.

reza intrínseca das coisas, ela se distancia das pessoas reais do grupo. Por outro lado, aqueles que desejam reduzir a objetividade à solidariedade – que chama de pragmatismo – não precisam de nenhuma metafísica. Concebe-se a verdade como aquilo em que *para nós* é bom acreditar e não exige ser verdadeiro ou falso. Trata-se de uma filosofia adaptada às necessidades do liberalismo político, à medida que a democracia norte-americana é considerada a encarnação dos melhores traços do Ocidente, cuja base se caracteriza pela persuasão, em vez de pela força, para o que não necessista de qualquer fundamentação metafísica[146].

[146] Rorty, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza; Contingencia, ironía y solidaridad; Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores; Derechos humanos*, em *Batallas éticas; Objetivity, relativism and truth* ; *Pragmatismo y Política*, pp. 81 ss.

§ 24. Crítica à modernidade e à pós-mordernidade

I. O esquecimento do ser

1. A modernidade está associada à ideia de progresso e liberação humana, seriamente questionada a partir da destruição de ruínas filosóficas por parte de Nietzsche. *Da razão entendida como razão instrumental surge a legitimação moderna da pena, e contra essa mesma razão instrumental Nietzsche havia declarado que a razão não é mais vontade de poder.* Para Nietzsche, não existiam fenômenos ônticos nem morais, nem se podia predicar das coisas sua verdade ou falsidade, como tampouco se podia distinguir entre o bem e o mal. Ele afirmava que só se pode ter preferência pelo superior ou pelo útil; seu niilismo rompeu com a ilusão moderna de fé na verdade. A crise da ideia de progresso exigia do pensamento uma pergunta originária que, no século XX, alcançou sua expressão mais significativa na obra de Martin Heidegger, tanto em seu período analítico-existencial (*Sein und Zeit*) quanto em seu posterior giro ontológico (*Kehre*) e em suas consequentes apreciações sobre a técnica. Heidegger se propôs neutralizar o esfacelamento da modernidade restaurando o primado da filosofia. Considerou que a luta pelo domínio da terra e a exploração dos recursos humanos, atrás de uma ilimitada vontade de poder, expressam uma racionalidade a serviço do cálculo e da técnica, e que unicamente recuperando a filosofia se pode invocar essa razão instrumental[147]. *Só há destino onde a existência se acha dominada por um saber verdadeiro acerca das coisas; essa verdade é a manifestação do ente; os caminhos e perspectivas desse saber são conhecidos especialmente pela filosofia*[148]. Para Heidegger, apenas com a luta entre ser e aparência pode-se extrair o ser do ente e deixá-lo a descoberto, pois o idealismo filosófico iniciou o caminho do esquecimento do ser, porque criou um abismo entre o ente aparente aqui embaixo e o ente como ideia, que foi elevado a um lugar supra-sensível.

2. Da prisão fascista Gramsci também meditou sobre a crise da noção de progresso, concluindo que não era a própria noção que havia sucumbido, mas seus portadores, na luta com a natureza que a noção impõe, desencadearam forças tão ameaçadoras que eles mesmos se tornaram *natureza*: o fracasso era

[147] Sobre essa posição de Heidegger, Vattimo, Gianni, *Introducción a Heidegger*, p. 86. A desumanização da razão em virtude de uma racionalidade industrial é denunciada por Morin, Edgar, *Ciencia con Consciencia*, pp. 296 ss.

[148] Heidegger, Martin, *Introducción a la metafísica*.

de seus portadores que, transformados em *natureza*, deviam ser controlados, a fim de permitir o progresso[149]. Com Marx começara a observação do movimento dialético da modernidade, que leva a considerar vãos os esforços de uma evolução progressiva e de uma emancipação definitiva, porque tanto uma quanto a outra contêm e geram seus próprios contrapontos, resistências e reveses. A sociologia também havia advertido sobre o caráter dialético da modernidade. Para Weber, a forma de organização que tem por objeto assegurar a racionalidade com atenção a fins conduzia à burocratização da sociedade: o domínio de ideais burocráticos de vida leva ao parcelamento da alma e ao especialista sem espírito. Weber sustentava que a esperança dos pensadores da Ilustração era uma ilusão amarga; por isso afirmava que a *Zweckrationatität* não conduz à emancipação humana, mas à criação de uma jaula de ferro de racionalidade burocrática[150]. Propunha uma democracia cesarista de caudilho, razão por que o vinculam a Schmitt. Trata-se de uma crítica que, sem dúvida, pode ser qualificada de *pessimista*.

3. A chamada Escola de Frankfurt[151] reassumiu essa crítica, especialmente Horkheimer e Adorno, opondo ao pessimismo weberiano a utopia de uma sociedade não regida pela razão instrumental[152]. Eles assinalaram as contradições e reveses da modernidade: a) os homens dominam a natureza ao preço de uma repressão interna, o que constitui o signo da Ilustração, isto é, que a própria razão destrói a humanidade que viabiliza; b) a razão, em seu impulso para uma autoconservação selvagem, renuncia ao saber substituindo-o por um conteúdo de utilidade técnica.

4. Toda a teoria crítica da sociedade (Escola de Frankfurt)[153] teve um conceito de razão e verdade arraigado nas condições sociais e refutou a inevitabilidade do dualismo de fenômenos e números que Kant havia apresentado como insuperável, porque, juntamente com Hegel, os teóricos acreditaram na possibilidade de conhecer as coisas em si. Como Heidegger, advertiram que essa separação, radicalizada pelo idealismo kantiano, dividiu a razão objetiva (a que indaga a natureza das coisas) em favor de sua utilização, e, ao perder contato com a realidade objetiva, privilegiou a

[149] Gramsci, *Cuadernos de la cárcel*, nº 2.

[150] Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*.

[151] Jay, Martin, *La imaginación dialéctica*.

[152] Horkheimer, Max e Adorno, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*; Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*; do mesmo autor, *Teoría crítica*, assim como *Sociedad en transición: estudios de filosofía social* (sobre os estudos realizados pela Escola de Frankfurt em relação com a autoridade e a obediência posteriores à experiência nazista); Adorno, Theodor, *Dialéctica negativa*, p. 361, a respeito de como construir a modernidade depois de Auschwitz.

[153] A esse respeito, Habermas, Jürgen, *Perfiles filosófico-políticos*, pp. 363 ss.

razão instrumental. Heidegger propõe resolver essa antinomia refutando a duplicidade da razão como modalidades independentes e separadas (razão subjetiva e objetiva), motivo pelo qual o pensar filosófico não deve tomar partido nem por uma nem por outra, mas sim fomentar a crítica recíproca e dialética sobre ambos os aspectos para reconciliá-los com a realidade, considerando uma falácia qualquer preferência por uma às expensas da outra. Entendida desse modo, a razão pode ser um corretivo da ideia de progresso ou de seus efeitos deteriorantes. Dentro da mesma corrente de crítica social, Marcuse elaborou um fundamento diferente para a razão, apoiado em duas opiniões irredutíveis: a) é melhor viver do que não viver; b) é melhor ter uma vida boa do que uma vida ruim. Destes dois julgamentos de valor advinha a possibilidade de fundamentar a razão: racional é a repressão que fomenta uma vida e uma sociedade melhor, ideia natural de razão que deriva da metapsicologia de Freud, pois, sem o instinto de destruição, as catástrofes, as guerras e o genocídio deveriam ser produzidos supostamente por loucos ou por idiotas[154].

5. A partir da criminologia, ganhou corpo, durante os anos sessenta, uma severa deslegitimacão da função que a razão instrumental concedia ao poder punitivo, que colocou em crise os próprios argumentos instrumentais[155]. O *interacionismo simbólico*, a *fenomenologia* e a *etnometodologia* foram as correntes que, a começar pela sociologia norte-americana, desbarataram os mitos dos fins manifestos da pena e a assepsia do sistema penal. Com a criminologia de tal vertente se deslegitimaram os discursos penais que, para sobreviverem, não tiveram outro recurso senão o de encerrar-se no idealismo, embora nenhuma dessas correntes criminológicas que, em seu conjunto costumam ser chamadas de *criminologia liberal* (ou *da reação social*), tenha pretendido criar uma teoria da sociedade, pois não são teorias macrossociológicas. Nos anos setenta, tal limitação foi censurada pela criminologia crítica que, com base teórica preferentemente marxista, tentou enquadrar essas explicações em teorias sociológicas de maior alcance, o que conduziu a criminologia por um caminho que, de maneira definitiva, a convertia em uma poderosa crítica social. O objeto da criminologia, assim entendida, era bastante complexo, a ponto de discutir se o resultado dessa teorização poderia chamar-se, mesmo, de criminologia. A corrente crítica moderou suas propostas e seus cultores tomaram caminhos diversos, mas ficou de pé a necessidade de enquadrar o fenômeno do poder punitivo em qualquer teoria da sociedade que venha a ser esboçada. Tais construções, naturalmente, serão sempre muito mais discutíveis do que os resultados das limitadas elaborações da criminologia da reação social.

[154] Marcuse, Herbert, *Eros y civilización*. São deste autor também: *El hombre unidimensional*; *El final de la utopía*.

[155] Cf. *supra*, § 13.

6. Talvez a mais profunda reflexão sobre a criminologia crítica, a partir de seu cerne, se deva a Alessandro Baratta[156], com certeira síntese de correntes e fontes. O campo teórico original de Baratta é a filosofia do direito, o que o dota de uma particular capacidade de elaboração, a qual lhe permitiu superar a síntese das propostas críticas quando procurou uma linha própria de direito penal mínimo, como requisito de respeito aos direitos humanos na lei penal, concedendo a estes tanto uma função negativa de limite quanto uma positiva de indicação de possíveis objetos de tutela[157]. Baratta classificou seus princípios em *intra* e *extra-sistemáticos*. Estes últimos são os referentes à decisão política e ele os subdivide naqueles que orientam a descriminalização e nos demais, que implicam *uma verdadeira liberação da imaginação sociológica e política diante de uma cultura do penal que coloniza amplamente o modo de perceber e construir os conflitos e problemas sociais em nossa sociedade.* Tendo em vista não haver, praticamente, ordem conflitiva que a imaginação sociológica não possa subtrair do sistema penal para encontrar outras soluções, convém pensar que o minimalismo de Baratta pende para uma *contração do poder punitivo como signo de progresso social.*

7. Toda a crítica à modernidade, que abarca a ideia de progresso, o predomínio ou exclusividade de uma razão meramente instrumental (orientada para finalidades) guiada pela vontade de poder, assim como a crítica ao direito e ao poder punitivo, baseiam-se na constatação de que, embora o desenvolvimento das instituições sociais modernas haja criado maiores oportunidades do que em qualquer outra época para os seres humanos, é inegável ter essa mesma modernidade um lado sombrio, que se evidencia com a caracterização do século XX como centúria de catástrofes e matanças, onde o número de vidas perdidas foi notoriamente maior do que em qualquer dos dois séculos precedentes[158]. Torna-se inevitável que as críticas à modernidade, baseadas nessa constatação empírica, sejam feitas também ao direito concebido conforme as ideias liberais políticas e, por conseguinte, ao direito penal de garantias ou limitador, ainda que muitas vezes não sejam explicitadas. É fácil perder-se em meio ao enorme complexo crítico, motivo por que urge distinguir, no mínimo, desde o começo, dois grandes grupos de intencionalidades críticas: o das *reacionárias* e o das *progressistas*. Para as primeiras, sempre se volta ao pensamento da Restauração, ou seja, ao estado de polícia, ao processo inquisitório e ao poder punitivo ilimitado. *Para as críticas progressistas, com todos os matizes, a modernidade é entendida como um projeto inacabado, inconcluso, de realização progressiva, inesgotável: um dever ser que ainda não é, mas que, pelo caráter dialético do ser, nunca será completamente como deve ser.*

[156] Baratta, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*; do mesmo, em *La questione criminale*, janeiro-abril de 1975, pp. 7 ss.

[157] Baratta, Alessando, em DP, 1987, pp. 623 ss.

[158] Hobsbawn, Eric, *Historia del siglo XX*.

II. As críticas otimistas e prudentes

1. Em face da teoria sistêmica da sociedade e diante das demais elaborações que defendem ou permitem um conceito instrumental de razão, a obra de Jürgen Habermas realiza um notório esforço para opor-lhe um novo conceito, de natureza comunicativa (*teoria da ação comunicativa*)[159], baseado no acordo intersubjetivo sem coações[160]. Para Habermas[161], o trato social estabelece regras de ação comunicativa como normas que se reconhecem intersubjetivamente e fixam expectativas mútuas de comportamento entre sujeitos de linguagem e ação. A validez intersubjetiva da regra dependerá de que seu significado (expectativa) seja entendido ou compartilhado, para o que a linguagem se submete a um conjunto de regras: ser inteligível, verdadeira, que o falante creia no que diz e argumente sem coação[162].

2. Enquanto a teoria sistêmica defende um enfoque monológico, sem espaço para o plano intersubjetivo de comunicação e acordo, a teoria da ação comunicativa procura ser seu reverso. Apesar de seus detalhes serem complexos, define um tipo de interação social e de razão diferente da ação dirigida a finalidades, porque fixa seu conteúdo como de concordância e compreensão recíproca. Extrai uma ética do discurso diferente da ética kantiana de intenções, com o que fundamenta o direito como estabelecimento das condições de uma teoria consensual da verdade. Por conseguinte, o direito deveria fomentar o entendimento e o acordo pelo diálogo, substituir a força institucional por uma organização de liberação social vinculada pela comunicação livre de qualquer obrigação.

[159] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, assim como *Complementos y estudios previos*.

[160] McCarthy, Thomas, em Anthony Guiddens, Jürgen Habermas e outros, *Habermas y la modernidad*, pp. 277 ss. Sobre Habermas, cf. Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, p. 82; Bubner, Rüdiger, *La filosofía alemana contemporánea*, pp. 225 ss; McCarthy, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*; Souza Neto, Claudio Pereira, Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática, Rio, 2002, ed. Renovar, pp. 269 ss.

[161] Habermas, *Ensayos políticos*, p. 265, assim como *El discurso filosófico de la modernidad*, além de *Escritos sobre moralidad y eticidade*; *Pensamiento postmetafísico*.

[162] Criticou-se a teoria do discruso, considerando-a uma idealização (assim Ladeur, em *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1996, pp. 480 ss). Adverte-se, também, sobre o abuso do conceito de comunicação e linguagem como chave do desenvolvimento histórico: cf. Anderson, Perry, *Tras las huellas del materialismo histórico*, pp. 71 ss.

3. Habermas extrai as consequências jurídicas da teoria da ação comunicativa da premissa de que o direito corporifica os pressupostos gerais do discurso. Faz distinção entre uma validez social (facticidade) e uma validez racional ou comunicativa (legitimidade), que excede a imposição coativa e permite a mínima aceitação necessária a seu prosseguimento, com raízes no processo de criação de normas, à medida que reproduza o procedimento argumentativo e consensual da razão comunicativa. Do ponto de vista externo, essa relação se complementa com a legitimidade do poder, condicionada ao fato de que se organize como estado de direito. Porém, a validez última de um sistema jurídico depende de um fundacional sistema de direitos preexistente ao de normas e que se deduz da ação comunicativa: para que seja possível uma construção discursiva e consensual de normas jurídicas, torna-se pressuposto indispensável o reconhecimento dos sujeitos como reciprocamente autônomos e com determinados direitos. Habermas previne a objeção de jusnaturalismo apelando para sua derivação das interações dentro de uma sociedade concreta. Ele estabelece uma hierarquia entre tais direitos, privilegiando os que institucionalizam os procedimentos de um discurso racional. Seriam direitos estabelecidos na Constituição, que é superior às leis por fixar procedimentalmente o discurso para a produção das normas. A validez (legitimidade) de uma norma jurídica dependerá do grau de perfeição do procedimento com o qual se cria, segundo a medida em que se atenha às condições da ação comunicativa[163]. Em síntese: trata-se de um consenso em um sentido diferente por completo do de Luhmann (para quem consenso é ausência de dissenso), ativamente promovido com consciência dos participantes.

4. Habermas não pretende descrever a sociedade contemporânea, mas adota um modelo ideal para o qual deve pender, de forma que a Constituição seria sempre um projeto não totalmente realizado. Portanto, o estado de direito tampouco se realiza por completo, mas necessita de permanente revisão. A missão do controle de constitucionalidade seria, precisamente, assegurar o progresso desse procedimento para sua realização ideal. Embora convenha reconhecer o acerto de Habermas ao conceber o estado de direito como um projeto não totalmente realizado (*compatível com sua ideia da modernidade como projeto inacabado*), seu otimismo parece excessivo, pois aspira a um ideal de comunicação e participação consciente sem mencionar as contradições de toda sociedade. A razão comunicativa substituiria a razão instrumental, mas o certo é que se convive com a razão instrumental e esta não parece desaparecer espontaneamente, mas muito ao contrário. O poder punitivo é – pelo menos hoje – um produto da razão instrumental que se difunde e se amplia. Habermas dá a impressão de propor um ponto de chegada; no entanto, não explica como se imporão limites à razão instrumental e a seu produto – o poder punitivo –, não

[163] Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*. Cf. também Cárcova, Carlos, *La opacidad del derecho*; García Amado, Juan Antonio, em *Doxa*, 13, 1993, pp. 235 ss.

parecendo razoável deixá-los livres para a confiança em um aperfeiçoamento espontâneo da produção normativa que aumentar o consenso ativo. Apesar de Habermas representar a última expressão da crítica de Frankfurt, ele, ao mesmo tempo, se afasta consideravelmente daquela, ao minimizar a dialética em sua proposição. Retoma o caminho do *hegelianismo de esquerda*, no sentido de que *teoriza sobre o estado de direito que deve ser, mas que ainda não é* ou, pelo menos não é por completo, porém, não comenta muito sobre como chegaria a sê-lo: só permite achar um barômetro para constatar seu grau de realização.

5. Luigi Ferrajoli é quem trata da metodologia que distingue o programático e o empírico e a aplica, de forma específica, à teoria da pena, na construção de seu *direito penal mínimo*. Para Ferrajoli, enquanto as funções reais da pena se verificam empiricamente, seus fins programáticos devem ser debatidos no terreno axiológico e não podem ser deslegitimados com dados empíricos. Poder-se-ia dizer que as primeiras são reveladas pela razão pura e as segundas pela prática. Por isso, refuta a deslegitimação do poder punitivo, porque entende por tal não apenas a das formas atuais de seu exercício, mas sim as de qualquer exercício do poder punitivo. Daí que para sua perspectiva deva ser praticamente entendido por deslegitimação só a que leva a cabo o abolicionismo, isto é, a impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal, presente ou futuro, por menor que seja. A partir dessa perspectiva, Ferrajoli não aceita a deslegitimação, pois afirma que em uma sociedade bem mais democrática e igualitária seria necessário um direito penal mínimo, como único meio de evitar males maiores (a vingança ilimitada).

6. Para Ferrajoli, que não faz distinção entre poder punitivo e direito penal para tais efeitos, um direito penal mínimo – poder punitivo mínimo – seria legitimado por razões utilitárias, isto é, porque serviria para prevenir reações formais ou informais mais violentas contra o delito. Assim, legitimar-se-ia tal direito como instrumento que impediria a vingança. Ferrajoli considera que o direito penal nasce da substituição de uma relação bilateral entre a vítima e o ofensor por uma trilateral, que coloca a autoridade judicial em uma terceira ou imparcial posição. A partir desse ângulo, ele não nega a função preventiva geral que o poder punitivo deveria ter, dando-lhe um duplo papel: a prevenção do delito, que indicaria o limite mínimo da pena, e a prevenção das reações desproporcionadas, que assinalaria seu limite máximo. Dessa maneira, assevera Ferrajoli que o poder punitivo estaria sempre do lado do mais fraco: da vítima perante o delinquente e do delinquente diante da vingança. Seu *direito penal mínimo* seria um programa de *lei do mais fraco*. A pena seria legitimada sempre como o mal menor, devendo estabelecer-se a partir de um cálculo de custos: o custo do poder punitivo diante do da anarquia punitiva. Cumpre observar que

Ferrajoli leva a cabo uma investigação – talvez a mais meticulosa do século XX – que permite uma revalorização completa do direito penal liberal e ilustrado[164]. Entretanto, parece ficar preso a ela: demonstra que o programa liberal ilustrado era o de uma sociedade totalmente diferente da atual. Sua relegitimação do poder punitivo nessa sociedade, reduzido ao mínimo, importa a proposta de um modelo diferente por completo de exercício do poder e de estrutura social em geral. Embora não haja razões históricas que permitam afirmar que o poder punitivo em algum momento vá estar do lado do mais fraco – mas muito ao contrário –, a discussão com o abolicionismo se converte em uma disputa sobre um modelo perfeito de total transformação social, porém dizendo muito pouco sobre a chave teórica com a qual se deve elaborar o direito penal vigente.

III. O pensamento pós-moderno: nem ser nem dever ser

1. *Pós-modernidade* é um termo equívoco[165] e, inclusive, usado com frequência em sentido pejorativo. Fez-se distinção entre *pós-modernidade* e *pós-modernismo*: a primeira como momento do pensamento, e o segundo como forma de cultura[166]. No presente contexto, ele é aplicado em forma neutra, denotando *o pensamento que nega os grandes relatos, que abarca horizontes fragmentários, limitados, de desagregação permanente* [167] ou de pensamento débil[168] e, portanto, nada tem a ver com um pretenso *fim das ideologias*[169], nem encerra qualquer julgamento negativo sobre seu modo de aspirar ao conhecimento, nem a respeito da própria modernidade.

2. A modernidade se assentou sobre os conceitos de razão e de progresso infinito: foi a racionalização histórica ocidental que teve sua origem na secularização que deslocou o pensamento medieval. O paradoxo reside em que a *pós-*

[164] Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*; Carvalho, Salo de, Pena e Garantismo, Rio, 2001, ed. L. Juris.

[165] Sobre pós-modernidade, entre outros, Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*; Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*; do mesmo autor, em *La posmodernidad*; Jameson, F., *Ensayos sobre el posmodernismo*, assim como *Teoría de la posmodernidad*; Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*; Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo* e *El advenimiento de la sociedad pós-industrial*. Sobre a visão pós-moderna do poder punitivo, Lea, John, em DDDP, 1994/3, pp. 14 ss.

[166] Eagleton, Terry, *Las ilusiones del posmodernismo*, p. 11.

[167] Lyotard, Jean-François, *La condición posmoderna*, p. 10.

[168] Vattimo, Gianni e Rovatti, Pier Aldo (orgs.), *El pensamiento débil*; Vattimo, Gianni, *La sociedad transparente*, pp. 73 ss.

[169] Essa curiosa tese já foi aventada na década de 50 (Cf. Bell, Danile, *The end of ideology* e *El advenimiento de la sociedad post-industrial*). Quarenta anos depois, Fukuyama, F., tenta aventá-la, de novo, em *El fin de la historia*.

modernidade, tardomodernidade ou *supramodernidade*, é levada a cabo a partir da capacidade crítica própria do momento de reflexão da modernidade: pretende-se superar a modernidade usando suas próprias ferramentas. Com elas se descobre que *modernidade* também significou barbárie e projetos de exclusão: a grande promessa de um mundo racional, civilizador e humanista, do século XVIII, sistematizada no século XIX, desvaneceu-se no XX, quando a ciência e a cultura contribuíram para as grandes matanças e genocídios. A história das ideias modernas, como chaves fundamentares de um projeto ilustrado, entre as quais cabe inserir a legitimação do poder punitivo, estaria concluída. Trata-se da crise dos infindáveis discursos que organizaram o projeto da modernidade: não há menos guerra nem fome do que no mundo que a razão negava, assim como tampouco existe menos violência por mediação do poder punitivo. *Que os grandes discursos perderam validez (o discurso emancipatório da Ilustração e a especulação filosófica do idealismo alemão) significa que as antigas ideologias se tornaram inoperantes, não só para justificar e legitimar a organização dos saberes, como também inúteis e obsoletas para dar coerência e fundamento às práticas políticas*[170].

3. A pós-modernidade, entendida como esgotamento da modernidade e por conseguinte de seu legado institucional, desemboca evidentemente em uma negação e desconstrução tanto do discurso quanto da legitimidade do exercício do poder instituído. Por esse caminho desloca-se Bataille, que retoma de Nietzsche seu perfil anarquista ou libertário, com predominante rechaço a toda autoridade. Não muito longe estão Gilles Deleuze e F. Guattari, com sua concepção de que as instituições se baseiam no *desejo paranoico*, por oposição ao *desejo producente ou revolucionário* [171]. Nesse sentido, deve-se reconhecer que Bataille encontra antecedentes em velhos projetos utópicos, já revalorizados nos anos sessenta, graças à crítica social europeia e à criminologia norte-americana. Revalorizou-se, em particular, o pensamento de Charles Fourier (1772-1837), autor contraditório às vezes, e inclusive anti-semita, mas que havia se adentrado na utopia talvez além de Marx, ao pretender uma sociedade com uma concepção lúdica do trabalho, e concluía que as paixões negativas eram resultado das repressões que, uma vez suprimidas, conduziriam a uma *harmonia passional*[172]. Igualmente, revalorizou-se o pensamento anárquico, cujo ponto mais alto foi o movimento universitário europeu de 1968.

4. Apesar desses antecedentes, convém observar que as atuais posições *abolicionistas* não são necessariamente anarquistas, pois *a identificação do*

[170] Cf. Lyotard, op. cit., p. 9.

[171] Deleuze, Gilles e Guattari, Félix, *El anti-Édipo*.

[172] Fourier, Charles, *La armonía pasional del Nuevo Mundo*.

poder punitivo com a totalidade da coação jurídica não é outra coisa senão a expressão de uma confusão conceitual, que só se justifica pelo apressuramento ou onipotência penalística ou panpenalismo. O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa[173], embora com considerável repercussão no Canadá, nos Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas[174], podendo ser assinalada de modo prevalente a fenomenológica, de Louk Hulsman[175], a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen[176], a fenomenológico-histórica, de Nils Christie[177] e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

5. Hulsman chega à conclusão de que o sistema penal é um problema em si mesmo e, em face dos malefícios que produz e de sua inutilidade para com seus fins manifestos, acaba achando conveniente aboli-lo em sua totalidade como sistema repressivo[178]. Ele destaca três argumentos básicos que advogam em prol de sua abolição: a) causa sofrimentos desnecessários que são repartidos socialmente de modo injusto; b) não tem efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; c) é sumamente difícil seu controle. Propõe sua substituição por instâncias intermediárias e individualizadas de solução de conflitos, que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas e não ao macronível estatal. Postula o emprego de uma nova linguagem que suprima as categorias de *crime* e *criminalidade*, por considerar que estas estão reificadas no pensamento ocidental, escondendo uma imensa variedade de conflitos. Com isso, naturalmente, estes não desapareceriam, mas sua redefinição sob a forma de *situações problemáticas* poderia permitir soluções efetivas em um *cara a cara* entre as partes implicadas, conforme modelos diferentes do penal (compensatório, terapêutico, educativo, conciliatório etc.), os quais têm a vantagem de não serem

[173] Cf. Scherer, Sebastian, em *DDDP*, I, 3, 1983; Larrauri, Elena, em *Poder y control*, nº 3, 1987, pp. 95 ss.; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*; Steinert, Heinz, em *Abolicionismo penal*; Sánchez Romero, Cecilia-Houed Vega e Mario Alberto, em *La abolición del sistema penal*; Pérez Pinzón, Álvaro O., *La perspectiva abolicionista*; Passetti, Edson e Dias da Silva, Roberto B. (orgs.), Conversações abolicionistas.

[174] Kaiser, Günther, em *Fest. f. Karl Lackner*, pp. 1027 ss., afirma que existem dois modelos de abolicionismo, um extremado (Mathiesen) e outro moderado (Christie e Hulsman).

[175] Hulsman, Louk, em *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, pp. 305 ss.; Hulsman e Bernat de Celis, Jacqueline, em *Archipélago – Cuadernos de crítica de la cultura*, nº 3, 1989, pp. 19 ss.

[176] Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*.

[177] Christie, Nils, em *The British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977.

[178] Hulsman, Louk e Bernat de Celis, Jacqueline, Penas perdidas – O Sistema Penal em Questão, trad. M. L. Karam, Niterói, 1993, ed. Luam.

necessariamente alternativos, ao passo que o modelo penal exclui de uma maneira automática a aplicação dos restantes. Embora não o expresse, não se pode negar sua vinculação com a etnometodologia, pois seria possível até dizer-se que seu lema é *ir ao encontro do próprio conflito*. Seu pensamento parece vincular-se a uma proposta de sociedade, de acordo com o *modelo verde* ou, pelo menos, dentro da linha de que *o pequeno é belo*. Não muito distante dessas posições acha-se outro autor holandês, Hermann Bianchi, que ressalta a vinculação de origem do poder punitivo com a inquisição e propugna uma reprivatização do direito penal com base bíblica, ao retomar a ideia de asilo[179].

6. Mathiesen pode ser considerado o estrategista do abolicionismo, apesar de sua tática – pelo menos em seus primeiros trabalhos – vincular-se a um esquema bastante simples do marxismo, o que não retira o interesse de suas considerações. Tendo em vista a vinculação do poder punitivo com o modo de produção capitalista, Mathiesen parece aspirar à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade e não apenas do sistema penal. Ele procura uma construção que seja traduzida sempre em uma *práxis política* superadora de limites, na forma de algo inacabado (*unfinished*)[180]. Para isto imagina uma tática que impeça a imobilização do processo *unfinished* por meio de contra-estratégias retrógradas do poder. Assinala que o poder estabelece o âmbito do que fica dentro e do que deixa fora do mesmo, procurando constantemente engolir o que está fora. Nesse sentido, Mathiesen propõe uma tática inversa que, como caminho aberto, impeça o poder de encerrar-se. Tratar-se-ia de frear qualquer contratática de normalização esboçada, mediante um caminho progressivo sempre aberto à abolição. Tais conceitos não têm a necessária vinculação com o quadro teórico de onde se origina, sendo de sumo valor para a elaboração de qualquer teoria redutora e limitadora do poder punitivo. É uma espécie de tática baseada no sistêmico para minar o sistema. Em sua *action-research* ou tática de *práxis-teoria*, Mathiesen indica que as condições que um movimento abolicionista deve reunir, para conservar sua vitalidade, são sua permanente relação de oposição ao sistema penal e sua competitividade com este. A oposição requer uma diferença considerável de pontos de vista no tocante às bases teóricas do sistema: a competitividade exige uma ação política prática a partir do lado de fora deste. Suas posições foram se matizando no decorrer dos anos[181].

[179] Bianchi, Hermann, em *Concilium*, 1975, e em van Swaanigen, *Abolitionism*, bem como *Alternativen zur Strafjustiz*, pp. 136 ss.

[180] Mathiesen Thomas, *The politics of abolition*, pp. 13 ss.

[181] Mathiesen, Thomas, em *Contemporary Crises*, nº 10, 1986, p. 81 ss. Em sua primeira versão (1974), postula a abolição da prisão sem sugerir alternativas, já que estas se convertem em apêndices em vez de substituições; em 1986, propõe uma moratória na construção de cárceres e alternativas. Posteriormente, procura conseguir a redução de dois terços da população reclusa (*Prison on Trial*, pp. 160 ss).

7. O abolicionismo de Christie tem muitos pontos de contato com o de Hulsman, embora se ache mais inclinado a basear seus argumentos na observação histórica e nos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos, como *Christiania e Tvind*[182]. É importante seu rechaço à afirmação de Durkheim, quem sustentava que o processo de modernização faz progredir a sociedade, passando da solidariedade mecânica para a orgânica e reduzindo o componente punitivo. Christie assevera que *Durkheim era um produto específico da cultura urbana francesa. Está de acordo com a opinião de que quando se vê um indígena é como se já tivesse visto todos, enquanto é evidente que, entre os povos civilizados, dois indivíduos são reconhecidos de imediato como diferentes entre si. Tal preconceito o impede de ver a soma das variantes típicas das sociedades numericamente limitadas e das mais extensas quanto aos problemas de controle.* Christie, de modo inverso, afirma que o melhor exemplo de solidariedade orgânica foi dado pelas sociedades limitadas, cujos membros não podem ser substituídos, ao contrário dos grandes grupos, onde se limitam as condições de solidariedade e os papéis obrigatórios podem ser substituídos, com facilidade, por meio do mercado de trabalho, do qual os excluídos se tornam candidatos ideais para o sistema punitivo.

8. Embora Michel Foucault (1926-1984)[183] não possa ser considerado um abolicionista na mesma linha dos autores antes mencionados, há poucas dúvidas acerca de que deva ser citado como tal em sentido amplo. Seu pensamento excede bastante a proposição do abolicionismo penal, pois a leitura que faz a respeito dos manicômios e das prisões como produto moderno[184] é um dado para repensar todas as estruturas repressivas. Ao limitar sua referência às teses coincidentes com o abolicionismo, ele assinalou acertadamente o modo como o poder expropriou os conflitos na qualidade de pressuposto para a formação dos estados nacionais, negando o modelo de uma parte que supere as demais em conflito como superior instância decisória, o que foi evidenciado em sua discussão com os maoístas, quando formulou a crítica ao conceito de *justiça popular* destes. Apesar de não ter apresentado considerações táticas para avançar na redução do poder punitivo, elas podem ser entrevistas quando Foucault sugere a *técnica do judoca*, isto é, aproveitar-se da debilidade do poder no momento que este descarrega sua violência, deixando-o parado em um pé só. Cabe observar que a utilização da força agressiva do adversário, em lugar de exercer a própria violência, é um postulado básico de qualquer tática de não-violência. Como Foucault não admitia a ideia de um sistema de poder, mas considerava que o sistema é uma ilusão provocada pelo alinhamento de micropoderes, ele não poderia aceitar a tese de

[182] Christie, Nils, *Abolire la pena?* Do mesmo autor, *Los límites del dolor*.

[183] Acerca desse autor, cf. Sauquillo González, Julián, *Michel Foucault – Una filosofía de la acción*; Machado, Roberto, Foucault – a filosofia e a literatura, Rio, 2000, ed. Zahar; Vaz, Paulo, Um Pensamento Infame, Rio, 1992, ed. Imago.

[184] Sobre isso, por exemplo, Murilo, Susana, en *El discurso de Foucault*. Igualmente Deleuze, G., em *Foucault*.

Mathiesen acerca do que fica dentro e fora do poder. Não obstante, é plausível pensar que, tendo em vista sua caracterização do modo como os micropoderes se recompõem em uma rede complexíssima, ele aceitasse a possibilidade de estar, ao mesmo tempo, envolvido e na oposição. Também poder-se-ia entender a tese de Mathiesen em um sentido menos sistêmico (ou contra-sistêmico) e compatibilizá-la com os pontos de vista de Foucault: o requisito da oposição é ideológico; quanto à disputa, ela não seria outra coisa senão manter sempre viva a contradição na práxis; ambas podem ocorrer em conjunturas de oposição e competitividade envolvidas no próprio sistema penal, sem renunciar às oportunidades táticas.

9. De qualquer perspectiva deslegitimadora do poder punitivo, o abolicionismo penal seria seu corolário. Trata-se de concepções negativas do poder punitivo e, diante delas, é possível assumir duas posições diferentes: **a)** uma consiste em pôr entre parênteses todos os dados reais do poder[185] e levar o pensamento negativo até suas últimas consequências lógicas; **b)** a outra implica assumi-la, mas reconhecer o quadro, as contradições e a complexidade do poder na história. Não se trata de atitudes incompatíveis: com a primeira, obtém-se o objetivo estratégico; com a segunda, a práxis política para consegui-lo. A primeira orienta a segunda e a impede de perder-se. O abolicionismo, como pensamento desenvolvido com lógica a histórica, conduz à abolição do poder punitivo como objetivo estratégico; como tática, seus pensadores proporcionam pistas. Mathiesen assinala algum caminho, a microfísica foucaultiana é imprescindível a qualquer ensaio de redução da repressão social, mas apesar disso, é inegável que o abolicionismo deixa os operadores do sistema penal órfãos de indicações práticas. *Uma vez mais aparece a similitude entre o poder punitivo e a guerra: o abolicionismo se assemelha ao pacifismo.* É a aventura do pensamento penal que se anima a fazer o máximo esforço para pôr entre parênteses o poder, mas no momento é pobre como pensamento tático. Muitas das habituais críticas que lhe fazem[186] são dissipadas quando se esclarece que o objeto da abolição não é o direito penal, mas sim o poder punitivo; isto, porém, não o exime de sua dívida tática.

[185] De alguma maneira, também implica eludir que haja uma estreita relação entre o processo de formação do estado moderno e as transformações na personalidade humana e seu controle. Sobre isso, cf. Elias, Norbert, *El proceso de la civilización*. Sobre a complexidade da submissão, Bourdieu, Pierre, *Sociología y cultura*, e mais especificadamente, *Razones prácticas*, pp.118 ss.; Deleuze, G., *Postdata sobre las sociedades de control*, pp. 105 ss.; Derrida, Jacques, *Fuerza de ley*, p. 89.

[186] Por exemplo, Cadoppi, A. e outros, em *Introduzione al sistema penale*, vol. I, p. 302, criticam o abolicionismo por negar, apodicticamente, princípios liberais que dão garantias aos indivíduo fracos em relação aos mais fortes; de modo análogo, Roxin, Claus, em *Critica del Diritto*, nº 4, 1998, pp. 232 ss.

IV. Síntese: o ser que não deve ser

1. Enquanto o funcionalismo sistêmico atribui à política toda a responsabilidade pelas decisões judiciais e veda aos juízes a aplicação crítica do direito penal, a crítica otimista (Habermas) ou prudente (Ferrajoli) assinala o objeto para o qual deve tender a realização do estado de direito, mas tampouco responde aos juízes com instrumentos teóricos que lhes permita uma aplicação crítica do direito penal. As duas últimas, ao evitarem a questão, criam o mesmo risco do hegelianismo de onde derivam: talvez não haja quem delas se valha para elaborar o direito penal como se o estado ao qual se deve chegar já estivesse realizado, mas, por certo, haverá quem o considere muito mais realizado do que realmente está e, portanto, não é descartável a ideia de que, no futuro, surja um *comunicativismo* e um *minimalismo* penais de direita ou outro de esquerda. Talvez a teoria jurídica arraste uma carga de origem, que é sua tendência a perceber, primariamente, os elementos estáveis e permanentes de uma sociedade, com o que privilegia sempre uma visão conservadora, mesmo nos autores que não são conservadores, mas que optam por imaginar outra estabilidade. O medo do jurista às consequências – às vezes, aterradoras – dos conflitos leva-o a privilegiar a estabilidade[187]. Na sociologia parece haver, desde o pós-guerra, uma clara divisão da sociedade em dois campos: o dos *sistêmicos* e o dos *teóricos do conflito*[188]. Os primeiros assentam sua percepção da realidade na estabilidade, ao passo que os segundos a assentam nas contradições ou antinomias. Estes últimos propuseram sempre deixar de lado a explicação da sociedade como um sistema equilibrado, normal (e a mudança ou o conflito como um desvio do mesmo), para passar a explicar o conflito como um componente normal e universal de toda sociedade. Talvez, bem no fundo, se trate da versão sociológica do problema ontológico: Parmênides ou Heráclito.

2. Pode-se remontar isso a Heráclito, com sua tese do *confronto*, que enunciava a guerra como mãe e rainha de todas as coisas, o que subjaz em sua ideia de mudança ou transformação constante[189]. Maquiavel (1469-1527) pode ser considerado o teórico do conflito[190] e Hobbes, pelo menos, no estado de natureza. Marx naturalmente o foi, mas um sociólogo tão distante dele, como Georg Simmel, tem de sê-lo também pelo fato de haver desenvolvido um extenso capítulo sobre o *Streit* (luta ou conflito)[191], retomado

[187] Cf. Hirschman, em *La Política*, nº 1, Buenos Aires, 1996, p. 97.

[188] Cf. Alexander, Jeffrey C., *Las teorías sociológicas*, p. 109.

[189] Heráclito, *Fragmentos*, frag. 53.

[190] Machiavelli, Niccolò, *Opere di Niccolò Machiavelli*.

[191] Simmel, Georg, *Estudios sobre las formas de socialización*, pp. 95 ss.

nos Estados Unidos por Lewis A. Coser[192]. As funções positivas do conflito foram recolhidas também na Alemanha por Dahrendorf, quem reputa a tese marxista da luta de classes uma simplificação da teoria do conflito, não muito comprovada para ele em termos históricos[193]. Ainda dentro da perspectiva conflitivista, pode-se citar Baratta[194] e Rex[195], considerados bem próximos a C. Wright Mills[196].

3. A diferença entre o enfoque conflitivista e o sistêmico pode se sintetizada em Coser e do seguinte modo: *as sociedades dispõem de mecanismos para canalizar o descontentamento e a hostilidade, enquanto conservam intactas as relações em cujo cerne surge o antagonismo. Frequentemente, tais mecanismos operam através de válvulas de segurança institucionais que produzem objetos substitutivos para os quais deslocar os sentimentos hostis, como meios de neutralização de tendências agressivas. As válvulas de segurança institucionais podem servir tanto para manter a estrutura social quanto o sistema de segurança individual, mas não são completamente funcionais para nenhum dos dois. Previnem a modificação das relações para encontrar condições mutantes, e as condições oferecidas aos indivíduos são de ajuste parcial ou momentâneo*[197]. Com isso, diz-se que a única coisa feita por tais mecanismos, ao desviarem o conflito de seu curso e deslocarem-no para um objeto substitutivo, é descarregar tensões, mas sem resolvê-las, o que em determinado momento provoca um conflito mais violento. Entretanto, se se comparasse esse critério com o de alguns sistêmicos, pareceria que estes últimos são meio entusiastas das válvulas de escape institucionais e que aspiram estruturar a sociedade como um sistema de válvulas dessa natureza, a mais importante das quais, sem dúvida, é o sistema penal e sua respectiva invenção da realidade, ainda que disto não se tenham precatado suficientemente os teóricos do conflito nem tampouco aqueles que, a partir dessa linha, avança-

[192] Coser, Lewis A., *The function of social conflict*; é autor também de *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Sobre sociologia do conflito, cf. Mack, Raymond e Snyder, Richard C., *El análisis del conflito social*; Campbell, Tom, *Siete teorías de la sociedad*, pp. 138 ss. (contrapõe a teoria do conflito de Marx à do consenso de Durkheim). A respeito do conflitivismo em criminologia, Pavón Gómez, Gerardo, em *Rev. del Col. de Abogados Penalistas del Valle*, nº 21-22, Cáli, 1989, pp. 187 ss.

[193] Dahrendorf, Ralph, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*; autor também de: *El conflicto social moderno* e *Sociología del poder*, p. 69, onde releva a própria autoridade como causa de conflito.

[194] Baratta, Alessandro, *Criminologia critica e critica del Diritto Penale*, p. 122; do mesmo autor, em *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1989, assim como em *Derechos humanos entre violencia estructural y violencia penal – Por la pacificación de los conflictos violentos*.

[195] Rex, John, *Key problems in sociological theory*.

[196] Wright Mills, Charles, *The power elite*; *White collar* e *La imaginación sociológica*. Sobre este autor, Moya Espí, Carlos, *Sociología crítica norteamericana: C. W. Mills*.

[197] Coser, Lewis A., em Coser e Rosenberg, *Sociological Theory*, p. 202.

ram no campo criminológico[198]. A gravidade do assunto é que tais válvulas de deslocamento abarcam os chamados bodes expiatórios[199].

4. É comum imputar aos teóricos do conflito um compromisso político com a mudança, paralelamente à imputação de um compromisso com o *status quo* feita aos sistêmicos[200]. Tal reciprocidade imputativa põe em relevo o fato de que, em torno de uma ou de outra percepção do fenômeno social, há uma atitude diversa e uma intencionalidade, mas o certo é que não existe nenhuma prova empírica que permita afirmar que a sociedade é um sistema, tal como não havia quando Comte ou Spencer supunham que ela fosse um organismo. Não foi em vão que se assinalou a analogia do funcionalismo sistêmico com o organicismo social, o que levou certo sociólogo a afirmar – talvez um tanto exageradamente – que tudo o que o funcionalismo representa é um novo agrupamento de ideias que já estavam expostas e às quais se concedeu um renovado toque. Eis uma das razões pelas quais, quando se formula um programa funcionalista, este costuma parecer ou um velho erro ou alguma coisa que sempre se soube[201]. No âmbito penal, o poder punitivo foi exercido com toda sua violência discriminatória, primeiramente amparado pelo discurso do *estado de pecado* (teocrático) e, depois, pelo *estado de perigo* (cientificista), não causando surpresa o fato de que agora o *estado de irredutibilidade funcional ao sistema* se torne duvidoso, bem como a *normalização* se pareça com a *expiação teocrática* e com a *neutralização cientificista*.

5. À margem do exposto, convém observar que não parece que os sociólogos funcionalistas sustentem tudo o que seus seguidores penais lhes atribuem. Muitos sociólogos atuais, ao buscarem uma síntese superadora do funcionalismo e do conflitivismo, refutavam a leitura penalística de suas teorias. Em sociologia, é possível não ser exato que os sistêmicos tenham se preocupado unicamente com a estabilidade e a permanência; no entanto, é verdade que a leitura feita pelos penalistas se detém apenas em tais aspectos. Não cabe negar a possibilidade de que, inclusive a partir de uma teoria sistêmica da sociedade, o exercício do poder punitivo[202] seja tomado como disrupto ou disfuncional

[198] A respeito deles, cf. Baratta, Alessandro, em *Criminologia critica*, pp. 117 ss.

[199] Sobre as manifestações de anti-semitismo, como bode expiatório na sociedade pós-moderna e no controle social, através do pânico moral, Quirico, Mônica, em DDDP, 1993/1, p. 115. Quanto à ilusão persecutória que provoca coesão em épocas de crise, Girard, René, *El chivo expiatorio*. E acerca da teoria funcionalista da pena como perseguição de bodes expiatórios, Giunta, Fausto, em *L'effettività della sanzione penale*, p. 26.

[200] Cf. Alexander, *op.* e *loc. cit.* Para uma síntese dos compromissos políticos do funcionalismo no âmbito jurídico-penal, cf. Heitor Costa Júnior, Crítica à legitimidade do direito penal funcionalista, em Discursos Sediciosos, nº 9-10, pp. 95 ss.

[201] Cf. Martindale, Don, *La teoría sociológica – Naturaleza y escuelas*, p. 544.

[202] É bem antiga a advertência de que a lei penal, quando é posta a serviço de interesses artificiais, suscita o descrédito generalizado (Lucchini, Luigi, *La giustizia penale nella democracia*, p. 14).

para o sistema, mas é claro que essa não é a leitura penalística do funcionalismo. Coser é um conflitivista, até certo ponto próximo ao funcionalismo; por outro lado, quando funcionalistas, como Alexander ou Turner, atribuem ao conflitivismo uma leitura distorcida de seus fundadores, talvez tenham razão, mas o certo é que tal leitura é a que, sem dúvida, se faz no direito penal.

6. Convém perguntar por que o direito penal refutou as teorias conflitivistas da sociedade e, em seu lugar, preferiu adotar bases teóricas organicistas ou sistêmicas[203]. Parece claro que estas últimas, pelo menos em sua particular leitura penalística, são funcionais para a legitimação do poder punitivo, o que não sucederia com as teorias conflitivistas, pois se torna inevitável que estas acabem evidenciando que o poder punitivo é uma válvula de escape institucional a desviar o conflito de seu objeto, que serve para canalizar tensões sem resolver os conflitos, que trata de neutralizar a conflitividade dinâmica da sociedade, que é inimigo natural da ideia de estado de direito etc. Em suma: uma teoria conflitivista da sociedade onde se assente a ponte entre a sociologia e o direito penal termina na deslegitimação discursiva do poder punitivo ou de uma considerável parte deste, o que não é útil ao direito penal entendido como teorização destinada a proporcionar normas decisórias a juízes treinados para resolver segundo meras subsunções legais; um direito penal não só limitado, como também não-hierarquizado como saber, mediante esse cerceamento de sua mais essencial e importante função, mereceria a qualificação carrariana de *arte asquerosa*[204]. Por isso, o direito penal, assim entendido, opta pela leitura de uma teoria sociológica que só uma minoria de sociólogos norte-americanos defende. Tal opção confirma que o direito penal realizou o máximo de seu esforço idealista para evitar todo contato com os dados das ciências sociais e, quando foi impossível evitá-lo, ele o estabeleceu através de uma interpretação organicista da sociedade, ainda que para isto tenha sido obrigado a fazer uma leitura arbitrária dos sociólogos ou selecionar os mais organicistas dos sistêmicos. No entanto, o certo é que tanto as teorias conflitivistas da sociedade quanto as sistêmicas, em versões distantes do organicismo, dominam o campo sociológico, sem contar com o fato de que não existe nenhuma razão válida – a não ser a funcionalidade política legitimadora – que leve a preferir as teorias sistêmicas às conflitivistas na hora da conciliação com o direito penal. Daí, com perfeita legitimidade científica, optar-se nesse desenvolvimento pela perspectiva conflitivista da sociedade.

[203] Não obstante, há uma crítica precoce ao funcionalismo sistêmico com base conflitivista, em Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penale y control social*, pp. 20 ss.

[204] Carrara, Francesco, *Opuscoli*, vol. I, p. 180.

7. A opção pelo conflitivismo demanda o limite do conflito, o que obriga a indagar sobre seu sentido e natureza, implicando, assim, uma tomada de posição a respeito da sociedade e, por conseguinte, do ser humano. Em outras palavras: a preferência pela conciliação conflitivista com as ciências sociais exige do direito penal uma ulterior opção antropológica. A escolha antropológica do direito penal deve respeitar o quadro fundamental da antropologia jurídica, que está assegurado no artigo 1° da Declaração Universal. Tal opção exclui toda proposição de um direito penal transpersonalista que mediatize os seres humanos, o que só pode ser obtido mediante um poder social orientado conforme o princípio do estado de direito, entendido como princípio regulador social e das atitudes diante da conflitividade e do poder das agências estatais (do estado real ou histórico). A antropologia fundamental e o princípio regulador do estado de direito, que por sua consequência se impõe, requerem da teorização jurídico-penal o seguinte: **a**) que seja personalista (em caso contrário, implicaria colocar o ser humano a serviço do poder, ideal de todo estado de polícia); **b**) que reconheça no ser humano a capacidade de determinar-se conforme o sentido (em caso contrário, implicaria a negação do princípio democrático); **c**) que seja reconhecida sua condição de pessoa, isto é, de ser dotado de consciência moral, com a qual, ineludivelmente, de certo modo sempre irá ao encontro do exercício do poder punitivo, tal como atesta, desde o período clássico, a tragédia de Antígona[205].

8. O direito penal antropologicamente fundado deve assumir, também, os dados da realidade social, em que grupos e pessoas colidem, conforme seus interesses, ao pretenderem subjugar outros grupos e pessoas (transpersonalismo), ao atentarem contra o princípio democrático (rechaço à autodeterminação), ao violentarem a consciência alheia (coisificação) e, às vezes, a aniquilarem fisicamente a outrem ou seu grupo (extermínio). Embora essas tendências nem sempre sejam articuladas ideologicamente e, em que pese os grupos manterem, com frequência, relações ambivalentes, o conjunto de antagonismos encerra impulsos negativos para o estado de direito, ou seja, pulsões para o de polícia. Tendo em vista que o estado de direito não pode legitimar o estado de polícia (seria uma contradição escandalosa), o estado real deve exercer seu poder de modo a reduzi-lo e a controlá-lo; será função das agências jurídicas exigir do estado real a submissão ao princípio regulador do estado de direito, o que implica uma norma ética do exercício de poder a serviço da pessoa (autônoma e consciente). No âmbito penal, tal exigência ética se traduz em uma demanda de eticidade tríplice: **a**) uma exigência ética na construção discursiva, quanto à sinceridade e boa-fé em busca da contenção do exercício do poder punitivo; **b**) uma exigência ética de exaustão quanto ao esforço de contenção dirigido às agências jurídicas; **c**) uma exigência ética dirigida a todas as agências do sistema penal, no sentido de reduzir constantemente seus níveis de violência e arbitrariedade seletiva. *A eticidade do direito penal se impõe como consequência de que o instrumento jurídico de contenção do estado de polícia, e do consequente fortalecimento do estado de direito, não pode andar separado da ética, sob pena de perder sua essência.* Naturalmente, a eticidade do direito penal, a partir de uma perspectiva liberal, deve distinguir-se com toda cautela da eticidade propugnada em meados do século XX, porque a função ética que se propõe ao direito penal é completamente diferente da que se pretendia, segundo aquelas teorizações. Welzel abria sua obra com a chocante afirmação de que a função ético-social do direito penal é proteger os valores elementares da vida comunitária. Seria possível abonar inteiramente essa afirmativa, contanto que não se identificasse direito penal com poder punitivo nem se submetesse à alucinação de que o poder punitivo se exerce de acordo com o programado pelo direito penal, do mesmo modo como o fizeram os internacionalistas, a partir do momento em que dominaram seu narcisismo. *Para proteger os valores elementares da vida comunitária, o direito penal deve saber que não regula o poder punitivo, mas sim pode apenas – e deve – contê-lo e reduzi-lo, para que não se amplie aniquilando tais valores.*

9. O poder punitivo descontrolado e ilimitado, sem agências que o contenham e o reduzam, aniquila todos os valores da vida comunitária à que se referia Welzel, e do modo como este autor o reconheceria em seu trabalho póstumo[206]. A partir da perspectiva conflitivista, o que se produz é apenas um deslocamento do sujeito ao qual se dirige a exigência ética, ou seja, as instituições e agências do estado real. Esse deslocamento carreia a alteração de outros conceitos subordinados, que são basicamente os de: **a**) *responsabilidade* e **b**) *periculosidade*. A responsabilidade ou possibilidade de resposta muda totalmente seu sentido, segundo o destinatário da pergunta. De uma perspectiva redutora, não é o processado ou o apenado o responsável, mas a própria agência judicial que deve responder perante estes e diante de toda a população, dando conta de sua atitude a respeito do poder punitivo. Essa resposta deve ser sempre adequada à concreta periculosidade do poder punitivo para o estado de direito. A seletividade e a violência do exercício do poder punitivo são verificadas universalmente, mas tal verificação também evidencia a existência de poderes punitivos que são exercidos de forma menos irracional que outros, segundo o grau de realização de cada estado de direito em determinado momento de sua história. Esse grau concreto de irracionalidade do poder punitivo é a *periculosidade* do sistema penal que, como não poderia deixar de ser, mantém estreita relação com a *responsabilida-*

[205] Sobre Antígona, de Sofócles, Jaeger, Werner, *Paideia*, p. 259; Saint-Victor, Paul de, *Las dos carátulas*, t. I, pp. 465 ss.

[206] Welzel, Hans, em *Rev. Arg. de Cs. Ps.*, n° 5.

de do direito penal e das agências jurídicas, pois o nível desta (a exigência de resposta da parte de tais agências) é diretamente proporcional à periculosidade do sistema penal. *A função responsável do direito penal, neste marco, é a de expressar teoricamente que o que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível.*